

LA
MITOYENNETÉ DES MURS
EN DROIT FRANÇAIS MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
présentée et soutenue le 3 Mars 1939, à 13 heures 30

PAR
R. MÉJASSOL

Président : M. CASSIN, professeur.
Assesseurs { *MM. J. DE LA MORANDIÈRE, professeur,*
NIBOYET, professeur.

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON ET C^{ie}
158-160, RUE SAINT-JACQUES

—
1939

LA MITOYENNETÉ DES MURS
EN DROIT FRANÇAIS MODERNE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA
MITOYENNETÉ DES MURS
EN DROIT FRANÇAIS MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 3 Mars 1939, à 13 heures 30

PAR

R. MÉJASSOL

Président : M. CASSIN, professeur.

Assesseurs { MM. J. DE LA MORANDIÈRE, *professeur*,
NIBOYET, *professeur*.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

158-160, RUE SAINT-JACQUES

1939



LA

MITOYENNETÉ DES MURS

EN DROIT FRANÇAIS MODERNE

INTRODUCTION

La mitoyenneté est une matière complexe. Par leur diversité, les problèmes qu'elle pose n'ont pu recevoir des solutions se rattachant à une théorie générale, telle que nos auteurs excellent à en concevoir. C'est chaque question, ou presque, qui a donné lieu à un débat dans la doctrine et dans la jurisprudence ainsi qu'à l'élaboration d'un système.

Aussi, ne doit-on pas être surpris que les solutions ne soient pas toujours concordantes et que les controverses subsistent.

Les dispositions du Code Civil, transposition des règles coutumières dans le droit moderne, sont cependant nombreuses, mais le législateur n'a pas prévu toutes les difficultés que devait révéler la pratique. Il faut dire, à sa décharge, que la propriété immobilière n'était pas à l'époque des coutumes, ni même à celle de la rédaction du Code, aussi développée que de nos jours, et surtout, elle n'avait pas les mêmes caractères.

Au XVIII^e siècle, et au début du XIX^e siècle, la propriété était moins morcelée. Il n'était pas rare que l'ensemble

des immeubles compris dans le périmètre de plusieurs rues appartenait à un seul propriétaire ; aussi les questions relatives au voisinage n'existaient pas ou peu. Ou bien, à défaut de demeures collectives, on rencontrait des propriétés particulières, dans lesquelles la maison d'habitation était construite au milieu d'un jardin ou d'un parc, et seule la clôture pouvait donner lieu à des difficultés avec les voisins, au demeurant moins graves que celles relatives à un mur d'immeuble.

Le développement de la construction immobilière au cours du XIX^e siècle, le morcellement de la propriété bâtie, ont soulevé de nombreux problèmes que les tribunaux ont été appelés à résoudre. En l'absence d'une doctrine bien établie, guidés le plus souvent par des considérations de fait, sans rattacher leurs solutions aux principes généraux du droit, les tribunaux ont rendu des décisions contradictoires, la Cour de Cassation n'étant pas toujours mise en mesure de jouer son rôle d'arbitre suprême.

Ce sont ces décisions que les auteurs ont eu à commenter en vue d'arriver à une interprétation des articles du Code Civil régissant la mitoyenneté, mais sans examiner cette matière dans son ensemble.

Et pourtant, l'extension de la propriété immobilière, née du développement des centres urbains, l'accroissement des transactions qui en est résulté, appellent une sécurité absolue dans les tractations.

L'acheteur d'un immeuble doit connaître l'étendue des droits et la portée des obligations que lui confère son acte d'acquisition. Il faut qu'il sache, par exemple, s'il est à l'abri d'une réclamation éventuelle de son voisin, au sujet de la mitoyenneté d'un mur de son immeuble, dont le prix n'aurait pas été payé par le vendeur.

Il faut que l'architecte, chargé de construire un immeuble, sache dans quelles conditions il pourra l'adosser à une propriété voisine.

Autant de questions qui appellent une solution certaine, si l'on veut éviter des discussions et des procès.

Une synthèse de la mitoyenneté s'impose donc. C'est ce que nous tenterons de faire dans notre étude. Nous ferons connaître les thèses en présence, en nous efforçant, pour chaque question, de dégager la solution véritable tenant compte des textes particuliers régissant la mitoyenneté et conforme aux principes généraux du droit.

PLAN

Nous donnerons, dans un chapitre préliminaire, quelques définitions et notions générales indispensables à une compréhension exacte des questions examinées, notions qui permettront de justifier le plan adopté.

Dans une première partie, la mitoyenneté sera examinée en tant que servitude et nous aurons ainsi à déterminer ses conditions d'existence.

La seconde partie aura pour objet l'étude de l'exercice de la servitude, autrement dit, l'acquisition de la mitoyenneté.

Enfin, dans une troisième partie, nous passerons en revue les droits et les obligations que comporte, pour chacun des bénéficiaires, la mitoyenneté, régime de copropriété. Nous établirons également ses modes de preuve.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DÉFINITIONS. NOTIONS GÉNÉRALES

La mitoyenneté est une institution de création relativement moderne. Les rédacteurs du Code Civil n'ont toutefois pas innové en cette matière. Ils ont emprunté aux coutumes, principalement à la Coutume de Paris et à la Coutume d'Orléans, les principales règles de la mitoyenneté des murs, dont les dispositions se trouvent ainsi présenter un grand intérêt pour l'interprétation du Code.

Il est inutile de rechercher dans le droit romain l'origine de cette institution. Les Romains l'ignoraient complètement. Cela tient au mode de construction adopté par eux, très ancien, déjà consacré par la loi des XII Tables.

Comme nous le verrons par la suite, la mitoyenneté suppose un mur construit à la limite de deux héritages. Or, les Romains, et leur législation leur en faisait une règle, devaient laisser un espace entre leurs constructions et la propriété du voisin. Cet espace, sorte de ruelle, portait le nom d'*ambitus*. Les maisons séparées les unes des autres avaient l'aspect d'îlots, aussi les appelait-on *insulae*, donnant aux villes un caractère original.

En raison de ce mode particulier de construction, la mitoyenneté était sinon ignorée, du moins un fait exceptionnel, ce qui explique l'absence de textes sur cette question dans le droit romain.

Le Code Civil, en empruntant aux coutumes les règles essentielles de la mitoyenneté, vise les murs, haies et fossés. Une controverse s'étant toutefois instituée sur la portée des textes du Code, une loi du 20 août 1881 a étendu, à toutes les clôtures, les règles qui avaient été édictées pour quelques-unes d'entre elles. Cette loi se borne presque exclusivement, de l'avis même du rapporteur à la Chambre des Députés, M. Leroy, à consacrer les solutions que la jurisprudence et la doctrine avaient fait prévaloir.

Des différentes sortes de clôtures, pour lesquelles des difficultés ont surgi relativement à la mitoyenneté, les murs en ont fait naître le plus grand nombre et les plus intéressantes.

Les articles du Code Civil consacrés à la mitoyenneté des murs se trouvent incorporés dans le titre IV, du livre II, qui traite « Des servitudes ou services fonciers », sous un chapitre II intitulé : « Des servitudes établies par la loi ».

Il semble donc que l'on pourrait comprendre la définition de la mitoyenneté dans celle donnée de la servitude, par l'article 637 du Code Civil : « Une servitude est une « charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité « d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ».

Toutefois, étant donné que les obligations nées de la mitoyenneté sont imposées par la loi aux particuliers, la définition ci-dessus appelle un correctif. Il faudrait dire : la mitoyenneté est « une charge imposée *par la loi* « sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage « appartenant à un autre propriétaire ».

Ce n'est pourtant pas cette définition qui a été retenue par les auteurs pour l'appliquer à la mitoyenneté.

Ils définissent cette dernière : « Une communauté avec « indivision forcée » (Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1700). C'est là, du moins, la définition généralement admise par les auteurs. Elle appelle quelques explications.

La communauté est l'état de choses existant entre plusieurs personnes ayant un droit de copropriété sur une même chose indivise entre elles.

Mais la mitoyenneté n'est pas une communauté ordinaire. Dans ce dernier cas, chaque copropriétaire est en droit de contraindre l'autre au partage de la chose commune. Au contraire, par exception à la règle de l'article 815 C. C., pour la mitoyenneté, aucun des voisins, qui ont construit un mur à frais communs ou dont l'un a acheté la mitoyenneté à l'autre, n'a le droit de demander qu'il soit mis fin à l'indivision par un partage.

C'est pourquoi, il faut définir la mitoyenneté « une communauté avec *indivision forcée* ».

Cette préférence des auteurs à considérer la mitoyenneté comme une copropriété, et non comme une servitude, les a incités à étudier cette matière, non pas dans la partie habituellement consacrée aux servitudes, mais avec la propriété.

Cependant l'institution de la mitoyenneté peut être examinée à un double point de vue :

1° En tant qu'un mur, qui se trouve à la limite d'une propriété, est grevé d'une véritable charge, au profit du propriétaire voisin, à laquelle celui à qui appartient le mur ne peut échapper.

C'est la servitude de mitoyenneté.

2° En tant qu'un mur, qui se trouve sur la ligne séparative, appartient en commun à deux personnes, soit qu'il ait été construit à frais communs, soit que l'un des voi-

sins ait remboursé à l'autre la moitié des dépenses de construction du mur ou la moitié de sa valeur..

C'est la mitoyenneté régime de copropriété.

Ces notions différentes de la mitoyenneté correspondent à deux stades dans les rapports entre les propriétaires de deux héritages contigus.

Mais, pour passer de l'un à l'autre, du mur privatif, qui appartient à un seul propriétaire, mais grevé d'une servitude, au mur mitoyen, qui appartient indivisément à deux propriétaires, il faut qu'une opération juridique intervienne entre ces deux stades : c'est l'acquisition de la mitoyenneté.

Nous avons ainsi trois stades dans l'étude de la mitoyenneté, qui correspondent à chacune des parties de notre ouvrage.

PREMIÈRE PARTIE

LA SERVITUDE DE MITOYENNETÉ

La servitude de mitoyenneté est une charge imposée par la loi sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

Il en résulte que la servitude, qui grève ainsi le mur construit à la limite de deux héritages et appartenant au propriétaire de l'un des deux héritages, et qui permet au propriétaire de l'autre d'en acquérir la mitoyenneté, est d'origine légale. C'est le législateur qui l'impose aux particuliers.

Parmi les servitudes légales, on distingue généralement celles qui sont établies dans un but d'utilité publique ou communale et celles établies dans un intérêt privé (art. 649, C. C.).

Sans nier que le législateur, en instituant le régime de la mitoyenneté, ait eu en vue l'intérêt général, il est certain cependant que ce sont surtout des considérations touchant à l'intérêt des particuliers qui sont à l'origine de cette institution.

Aussi, aurons-nous tendance à classer cette servitude dans la deuxième catégorie, en reconnaissant toutefois que des raisons sérieuses militent pour la solution contraire.

Au classement des servitudes d'après leurs sources, qui oppose aux servitudes légales, les servitudes naturelles, dérivant de la situation des lieux, et les servitudes du fait de l'homme, nées de la volonté des particuliers, on peut substituer deux autres classifications : 1^o d'après leur objet ; 2^o d'après leurs caractères.

D'après leur objet, on distingue les servitudes positives et les servitudes négatives. La mitoyenneté appartient à la première catégorie.

Cette sorte de servitude a, en effet, pour objet de conférer à un autre propriétaire une partie des avantages qui résultent de la propriété du fonds. Ce qui est bien le cas pour la mitoyenneté.

D'après leurs caractères, les servitudes sont : 1^o continues ou discontinues ; 2^o apparentes ou non apparentes.

La servitude de mitoyenneté est continue en ce qu'elle existe en dehors de l'intervention de l'homme ; elle est apparente parce qu'il est possible de se rendre compte qu'un mur en est grevé, par sa seule position à la limite d'une propriété.

Deux textes du Code Civil consacrent l'existence de cette servitude.

L'article 661, qui dispose que : « Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen
« en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur
« la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la
« portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la
« valeur du sol sur lequel le mur est bâti. »

Alors que cet article vise le cas d'un mur privatif, qui appartient dans son entier à un seul propriétaire, l'article 660 règle la question d'un mur mitoyen dans sa partie inférieure, mais privatif dans sa partie supérieure, à la

suite de l'édification qui en a été faite par l'un des copropriétaires, conformément au droit que lui confère l'article 658, C. C.

Dans ce dernier cas, « le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur, s'il y en a ».

L'article 660 est l'application de l'article 661 au cas particulier de l'exhaussement.

La jurisprudence a eu, à maintes reprises, l'occasion de consacrer le caractère de servitude légale de la mitoyenneté.

Ainsi, lit-on, dans un arrêt de la Cour de Cassation du 1^{er} juillet 1861 (D. 62.1.130) : « L'article 661 du Code Civil, en accordant au propriétaire joignant un mur la faculté de le rendre mitoyen, crée en sa faveur une servitude légale dont l'exercice, bien que facultatif, n'est limité par aucune restriction. »

La servitude ainsi établie par la loi a un caractère absolu, en ce sens que le propriétaire d'un mur remplissant certaines conditions, que nous aurons à déterminer, ne peut y échapper, et que le bénéficiaire n'a, ni à rendre compte des motifs de l'exercice de la faculté de l'article 661, C. C., ni l'obligation de bâtir (Cass., 3 juin 1850. D. 50.1.185).

Mais, de ce caractère absolu, on ne doit pas déduire cependant que le maître du mur grevé de la servitude de mitoyenneté ait son droit de propriété limité ou amoindri par l'existence de cette servitude.

Il faut considérer, au contraire, que, tant que la servitude n'a pas été exercée, et que le maître du mur en conserve la propriété privative, celui-ci est en droit d'user

du mur, comme bon lui semble, et de se prévaloir de tous les avantages attachés à cette propriété. Il peut, notamment, faire sur le mur tous les travaux qui lui plaisent ou qu'il juge nécessaires, et même faire démolir le mur.

Toutefois, il faut admettre un tempérament : c'est que les actes ainsi accomplis, dans la mesure où ils peuvent gêner l'exercice des droits réciproques d'un acquéreur éventuel de la mitoyenneté, sont subordonnés, comme nous le verrons par la suite, à l'exercice possible du droit de mitoyenneté (Cass., 1^{er} juillet 1861. D. 62.1.130. — Cass., 11 mai 1925. D. H. 1925.449).

On a prétendu que le propriétaire n'avait pas le droit d'édifier sur la limite de son fonds une paroi qui, non seulement ne pouvait pas être utilisée par le voisin pour y adosser sa construction, mais, n'était pas susceptible d'être démolie et remplacée par un mur permettant l'appui. La question s'est posée au sujet d'un pan de béton (note Capitant au Dalloz Hebdomadaire, 1929, *Chronique*, p. 81, et les références citées).

Capitant fait justice de cette thèse, à juste titre, à notre avis, par des considérations de fait et de droit extrêmement pertinentes. La servitude de mitoyenneté est déjà assez lourde pour le propriétaire qui doit la subir, sans encore aggraver sa situation par des obligations que le Code Civil n'a pas prévues, en cette matière où l'interprétation restrictive est de rigueur.

Dans les chapitres qui vont suivre, nous examinerons d'abord les conditions à remplir par un mur pour qu'il soit grevé de cette servitude que constitue la mitoyenneté ; ensuite, nous rechercherons qui peut s'en prévaloir.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS QUE DOIT REMPLIR UN MUR POUR ÊTRE GREVÉ DE LA SERVITUDE DE MITOYENNETÉ

Étudier ces conditions, revient à déterminer celles que doit remplir un mur pour pouvoir être rendu mitoyen : c'est donc délimiter le champ d'application de l'article 661 C. C.

SECTION I

IL FAUT QUE LE MUR SOIT CONSTRUIT A LA LIMITE EXTRÊME DE DEUX HÉRITAGES

Cette condition de contiguïté est indispensable. Elle résulte des termes mêmes de l'article 661 C. C. qui dispose que la faculté d'acquérir la mitoyenneté appartient à « tout propriétaire joignant un mur ».

Si le mur a été construit en retrait, la condition fait défaut et la mitoyenneté ne peut en être acquise (Trib. Civ. Seine, 27 mai 1929, *Gaz. Pal.*, 11 juillet 1929).

Il en est ainsi quelle que soit la raison pour laquelle le propriétaire du mur a laissé un intervalle entre le mur et la limite de son fonds. Il se peut que l'attitude du propriétaire ait été dictée par des considérations d'intérêt personnel; par exemple, utiliser l'espace intermédiaire comme

passage, ou bien, dans le but d'ouvrir ultérieurement des vues dans son mur.

Cet intervalle peut même appartenir en commun au maître du mur et au voisin qui veut acquérir la mitoyenneté, dans le cas, notamment, où il a été aménagé pour servir à l'écoulement des eaux des deux fonds (Caen, 12 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 91.2.433).

Il se peut également que le propriétaire ait simplement voulu, en laissant subsister une bande de terrain entre son mur et la propriété voisine, manifester sa volonté d'échapper à l'obligation légale de céder la mitoyenneté. Ce point de vue est parfaitement admis par les Tribunaux (Bordeaux, 7 mars 1899, *Gaz. Pal.*, 99.1.575. Cass., 26 mars 1862, S. 62.1.474).

Les juges appelés à trancher un litige dans lequel se pose cette question n'ont pas à rechercher, ni à apprécier les motifs du propriétaire du mur.

Cette solution prévaut quelle que soit la largeur de l'intervalle intermédiaire, si minime soit-elle (Sedan, 17 décembre 1901, *Gaz. Trib.*, 20 février 1902).

Elle a été consacrée par la jurisprudence de la Cour de Cassation (Cass., 26 mars 1862, déjà cité. Cass., 17 mars 1891, S. 92.1.545. D. 92.1.25), et elle est généralement enseignée par les auteurs (Baudry-Lacantinerie, t. I, p. 855. Planiol et Ripert, t. III, n° 313).

L'opinion contraire a cependant été soutenue en doctrine et en jurisprudence (Caen, 27 janvier 1860, D. 60.2.204 et les auteurs cités en note).

A l'appui de cette dernière solution, on a invoqué l'esprit de l'article 661 C. C., et non la lettre du texte, qui ne saurait permettre à un propriétaire mal intentionné, par pur esprit de malice et sans aucun intérêt pour lui, de faire

échec à la loi. Les raisons d'utilité privée et, par voie de conséquence, d'intérêt général qui motivent cet article, ne permettent pas de faire dépendre de la volonté d'un tiers le libre jeu de la loi.

Cette opinion comporte, d'ailleurs, plus un correctif, qu'une véritable contradiction à celle communément admise, en ce sens que c'est seulement si le propriétaire a construit en retrait dans le but de faire échec à la loi ou par esprit de malice qu'elle reçoit application ; mais si c'est un motif légitime qui a guidé le maître du mur, alors l'article 661 ne peut jouer, même dans cette opinion.

Aux arguments mis en avant pour la justifier, on peut d'ailleurs répondre, qu'en construisant un mur en retrait, le propriétaire ne fait qu'exercer les droits les plus légitimes attachés à la propriété.

L'article 661 C. C., par l'établissement d'une servitude, porte une atteinte sensible à la plénitude de ces droits. C'est donc un texte exceptionnel qui doit s'interpréter restrictivement.

Il n'est pas possible, en le forçant, d'en faire dépendre l'application, au degré d'utilité qu'il peut présenter pour le voisin désireux d'acquérir la mitoyenneté, ni sous couleur d'interprétation, de dénaturer le sens d'un texte clair et précis.

La solution dominante, si elle peut, dans une certaine mesure, heurter l'équité, a au moins l'avantage d'éviter tout arbitraire.

Avec l'interprétation opposée, quelle sera la contenance du terrain intermédiaire à laquelle on s'arrêtera ? Comment apprécier l'utilité que présente ce terrain pour son propriétaire, et qui l'appréciera, le voisin ou le Tribunal ?

Elle aurait pour effet d'autoriser une véritable expro-

priation de la bande de terrain intermédiaire, dans un but d'intérêt privé, en l'absence de toute disposition légale la permettant.

En fait, la solution à laquelle se sont arrêtées la doctrine et la jurisprudence ne présente pas un gros inconvénient pratique. Il sera rare, en effet, qu'un propriétaire construise ainsi en retrait, sans aucune utilité pour lui, uniquement pour gêner le voisin, gêne d'ailleurs réduite, celui-ci étant toujours à même de construire à la limite de son héritage.

Au surplus, l'indemnité prévue par la loi incitera, en général, l'auteur du mur à le construire à la limite de sa propriété, surtout que tout terrain inutilisé, en particulier dans les grandes villes, constitue une perte pour son propriétaire.

Si la condition, que nous venons d'étudier, pour qu'un mur soit grevé de la servitude établie par l'article 661 C. C. est nécessaire, elle n'est pas suffisante.

A côté de cette condition positive, existent d'autres conditions, que nous appellerons négatives, et dont l'examen fera l'objet des deux autres sections du présent chapitre.

SECTION II

ABSENCE DE SERVITUDE AU PROFIT DU PROPRIÉTAIRE DU MUR

Si, en principe, le droit d'acquérir la mitoyenneté est absolu, et si le propriétaire du mur ne peut se soustraire à l'exercice de ce droit par son voisin, la jurisprudence a cependant, dans certains cas, écarté l'application de l'article 661, C. C.

L'étendue du droit de l'acquéreur éventuel de la mitoyenneté se trouve fixée par la portée des droits dont peut se prévaloir le propriétaire du mur sur le fonds voisin, autrement dit, des servitudes, car il ne peut s'agir que de cette catégorie de droits, en l'espèce.

Dans un tel conflit, entre une servitude légale et d'autres servitudes qui ont leur origine dans la prescription ou dans un titre, la préférence a été donnée à ces dernières.

Les principes relatifs à cette question ont été nettement posés par la Cour de Cassation, dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 janvier 1869 (S. 69.1.156. D. 70.1.72).

« Attendu, dit la Cour, que si, aux termes de l'article 661, « C. Nap., tout propriétaire joignant un mur a la faculté « de le rendre mitoyen en remboursant au maître de ce « mur la moitié de sa valeur et la moitié de la valeur du « sol sur lequel le mur est bâti, cette faculté cesse lorsque « le propriétaire du mur a acquis, par titre ou prescription, des servitudes de jour (*luminum*) ou d'aspect (*ne luminibus officiatur*), qui seraient incompatibles avec « la mitoyenneté ».

Ce texte précise la nature des servitudes qui mettent obstacle à ce qu'un mur puisse être rendu mitoyen : il faut qu'il s'agisse de servitudes de jour ou d'aspect, les premières sont celles permettant de prendre de la lumière sur la propriété voisine, tandis que les autres permettent d'y avoir des vues.

Nous ne pensons pas que l'énumération donnée par cet arrêt soit limitative. On peut concevoir que la même restriction s'applique à d'autres servitudes, par exemple, à la servitude *non ædificandi* (Cass., 24 décembre 1851, S. 52.1.187).

Les principes qui se dégagent de l'arrêt de la Cour de

Cassation du 25 janvier 1869, sont généralement admis par la doctrine (Planiol et Ripert, t. III, n° 313).

Il est nécessaire de préciser leur portée d'application.

La Cour de Cassation reconnaît qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si l'exercice d'une servitude est incompatible avec la mitoyenneté, et susceptible d'empêcher la mise en application de l'article 661, C. C.

C'est ainsi que les Tribunaux ont pu décider que telle servitude, par exemple, de vue, ne mettait pas obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté. Mais, en contre partie, le propriétaire joignant le mur ne peut en acquérir la mitoyenneté que tel qu'il est, avec ses servitudes actives et passives (Cass., 15 juillet 1875, S. 75.1.407. D. 76.1.151).

La même idée se retrouve sous la plume du législateur, dans l'article 665, C. C., aux termes duquel : « Lorsqu'on
« reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servi-
« tudes actives et passives se continuent à l'égard du nou-
« veau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles
« puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruc-
« tion se fasse avant que la prescription soit acquise. »

Par contre, l'existence de jours de souffrance, n'étant que l'exercice normal du droit de propriété (art. 676, C. C.) et ne constituant pas une servitude quelque soit le laps de temps écoulé depuis leur création, ne peut être considérée comme un empêchement à l'acquisition de la mitoyenneté.

Les jours de souffrance ouverts dans un mur séparatif, sur lequel le propriétaire voisin a un droit de mitoyenneté, n'ont qu'une existence précaire et de pure tolérance, et ne peuvent faire acquérir aucun droit opposable à

l'exercice, par le voisin, de son droit absolu de propriété (Cass., 20 avril 1891. D. 91.1.273).

Aussi, l'acquéreur de la mitoyenneté d'un mur dans lequel existe des jours de souffrance, est fondé à en demander la suppression, en vertu de l'article 675, C. C.

Si l'on cherche à préciser la portée pratique des principes qui viennent d'être exposés, on voit que le voisin obligé de souffrir les servitudes grevant sa propriété sera, soit dans l'impossibilité d'acheter la mitoyenneté du mur, cas très rare, il faut le reconnaître, soit d'acquérir la mitoyenneté d'une partie du mur, seulement, ou avec des droits amputés, qui le plus souvent ne permettront qu'un emploi limité de ce mur ; par exemple, il ne pourra y adosser des constructions.

SECTION III

IL FAUT QUE LE MUR

NE SOIT PAS COMPRIS DANS LE DOMAINE PUBLIC

La jurisprudence a toujours décidé qu'un particulier ne pouvait acquérir la mitoyenneté du mur d'un immeuble du domaine public (Cass., 16 juin 1856, D. 56.1.423, S. 59.1.122. Paris, 11 novembre 1897, S. 1900.2.105 et la note de Wahl. Cass., 14 février 1900, D. 1900.1.593 et la note de P. de Loynes, S. 1900.1.221).

Cette solution est généralement admise par les auteurs (Pianiol et Ripert, t. III, n° 313, adde les auteurs cités dans la note au Dalloz sous Cass., 14 février 1900 et dans celle au Sirey sous Paris, 11 novembre 1897, précitées).

Elle n'a pas été sans soulever de vives critiques en raison des nombreux inconvénients qu'elle présente dans la pra-

tique (note Wahl précitée, Colin et Capitant, t. I, p. 787).

Ces inconvénients apparaissent d'autant plus sensibles si, de cette solution, on rapproche celle généralement admise par la jurisprudence dans la situation inverse, alors qu'il s'agit pour le domaine public d'invoquer l'article 661 C. C., à l'encontre d'un particulier. Dans ce cas, les Tribunaux ont décidé que cet article pouvait jouer au profit du domaine public.

Dans les pages qui vont suivre, nous examinerons, pour un but de commodité et de clarté, les deux questions ensemble, bien que la seconde ressortisse au chapitre suivant, lorsque nous déterminerons qui peut se prévaloir de la faculté d'acquérir la mitoyenneté d'un mur.

§ 1. — *Motif invoqué par la jurisprudence
à l'appui des solutions ci-dessus.*

La jurisprudence tire son argumentation de ce que les biens du domaine public sont hors du commerce, donc inaliénables.

C'est cette inaliénabilité qui met obstacle à l'exercice par un particulier de la faculté instituée par l'article 661, C. C., à l'encontre du domaine public. L'exercice de la servitude légale de la mitoyenneté aboutit à l'établissement d'un régime de copropriété, qui ne peut se concevoir sans une aliénation d'une partie du domaine public, laquelle est prohibée. Tout au moins, si ce transfert de propriété ne résulte pas d'une aliénation volontaire, la mitoyenneté peut s'acquérir par usucapion ; or, les biens du domaine public sont imprescriptibles.

« Attendu, dit l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 juin

« 1856, que les rues et les places publiques sont des dépenses du domaine public et sont, à ce titre inaliénables et imprescriptibles ; — Attendu que la mitoyenneté d'un mur donne à celui qui l'obtient la copropriété de ce mur ; — Que le mur de soutènement de la commune de X., à laquelle il adhère, était inaliénable comme la place elle-même ; — Qu'en refusant, par suite, à Y. le droit d'acheter la mitoyenneté de ce mur qui était hors du commerce, ou d'y appuyer un bâtiment, la Cour... ; Rejette. »

Ces considérations tirées de l'inaliénabilité du domaine public devaient, *a contrario*, conduire la jurisprudence à admettre dans la situation inverse, le droit pour le domaine public de se prévaloir de l'article 661, C. C., à l'encontre d'un particulier.

La propriété d'un particulier étant aliénable, donc dans le commerce, le domaine public, en présence des termes généraux de cet article, ne pouvait se voir opposer un refus.

Cette dernière solution résulte notamment de l'arrêt de la Cour de Cassation du 14 février 1900, précité, dont les termes sont sans ambiguïté.

« Attendu que s'il est interdit à un particulier d'acquérir la mitoyenneté de murs qui dépendent d'immeubles compris dans le domaine public, lesquels sont placés hors du commerce, il n'en résulte pas que ce particulier puisse à l'inverse, contrairement aux termes généraux de l'article 661, C. C., se refuser à céder au domaine public la mitoyenneté d'un mur, propriété privée, et, par conséquent aliénable. »

Le système jurisprudentiel a soulevé de nombreuses objections en raison des conséquences contradictoires auxquelles il conduit.

Il suffit d'indiquer quelques-unes de ces conséquences

pour expliquer que la doctrine ait recherché d'autres solutions aux questions ainsi soulevées.

§ 2. — *Conséquences du système jurisprudentiel.*

Les objections qu'il appelle.

L'application de ce système conduit à admettre que les différents articles du Code Civil, qui traitent de la mitoyenneté, pourront être invoqués par les tenants du domaine public et s'imposer aux particuliers, alors que ceux-ci ne pourront s'en prévaloir, ou inversement.

C'est ainsi que la présomption de mitoyenneté établie par l'article 653, C. C., pourra être invoquée par le domaine public, mais non par le propriétaire voisin. Admettre, en effet, l'affirmative, ce serait consacrer, soit une aliénation d'une partie du domaine public si le mur a été construit sur le terrain de ce dernier, soit, dans le cas d'un mur élevé à frais communs, donner au voisin du domaine public un droit sur la portion du mur construite aux frais de l'État ou de la commune ; mais l'attribuer à l'État ou à la commune en entier, ce serait ne pas tenir compte de la part prise par le voisin dans la construction.

L'article 656 C. C. prévoit que le copropriétaire d'un mur peut échapper à la contribution prévue par l'article 656, C. C., en abandonnant le droit de mitoyenneté. Si le particulier peut le faire, l'État ne le pourrait sans aliéner une partie du domaine public.

Aux termes de l'article 660, C. C., la mitoyenneté de l'exhaussement pourra être acquise par le propriétaire qui n'a pas contribué à l'exhaussement. L'État et la commune pourront user de cet article, mais leur voisin ne pourra en user contre eux, même avec leur consentement, et cela,

même si le mur a été primitivement construit par lui.

En présence de ces conséquences singulières, qu'impose l'argumentation jurisprudentielle, tirée de l'inaliénabilité du domaine public, les auteurs ont recherché un système plus rationnel et cohérent, qui maintienne l'égalité des charges et des droits que le Code Civil attribue aux copropriétaires d'un mur mitoyen.

Ce sont, en effet, cette inégalité de traitement, ce déséquilibre entre les droits et les obligations du domaine public d'une part, des particuliers, d'autre part, qui constituent les griefs essentiels que l'on relève contre le système de la jurisprudence.

§ 3. — *Les essais de justification.*
Les systèmes de la doctrine.

L'argumentation de la jurisprudence, mise en avant pour refuser aux particuliers le droit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur compris dans le domaine public, basée sur le caractère inaliénable de ce dernier, est généralement critiquée. On ne peut donc s'étonner que certains auteurs aient cherché à justifier autrement que par le principe de l'inaliénabilité, la solution de la jurisprudence.

Dans un premier système, exposé par Laurent, dans son traité intitulé *Principes de Droit Civil Français* (t. VII, n^{os} 509 et s.), ce qui met obstacle à l'acquisition par un particulier d'un droit de mitoyenneté sur le mur d'une propriété du domaine public, c'est que la copropriété ne peut avoir entre les mains de divers copropriétaires des caractères différents.

« On ne conçoit pas, dit-il, qu'un immeuble soit tout
« ensemble une dépendance du domaine public et une pro-

« propriété particulière, ce qu'il faudrait admettre si le mur
« était mitoyen, car la mitoyenneté est une copropriété
« qui porte indivisément sur toutes les parties de la chose
« commune. Dans l'espèce, cela est juridiquement impos-
« sible, car le domaine privé et le domaine public sont deux
« droits d'une nature différente ; si l'un est aliénable,
« l'autre n'est pas dans le commerce ; or, une seule et même
« chose peut-elle être tout ensemble dans le commerce et
« hors du commerce, aliénable et non aliénable, prescrip-
« tible et imprescriptible ? Cela ne se conçoit pas entre le
« domaine public et le domaine privé. »

Aussi, Laurent est-il amené à condamner le système généralement suivi sur le second point, celui du domaine public voulant acquérir la mitoyenneté d'un mur appartenant à un particulier.

De Loynes, dans sa note au Dalloz sous Cass., 14 février 1900, déjà citée, tout en approuvant le système de Laurent, tente de le justifier autrement que par le caractère identique que doivent avoir les droits des copropriétaires.

Il écarte également le principe de l'inaliénabilité, qui lui apparaît insuffisant pour justifier la solution de la Cour de Cassation.

Cet auteur rapproche de cette décision une autre solution de la Cour Suprême, de laquelle il résulte que les biens dotaux de la femme qui, en principe, sont inaliénables, peuvent être grevés d'une servitude légale. Il est donc certain qu'un voisin peut acquérir la mitoyenneté du mur joignant sa propriété, alors même que le mur dépend d'un immeuble appartenant à une femme mariée sous le régime dotal, et frappé de dotalité en vertu de son contrat de mariage (Cass., 17 juin 1863. D. 64.1.140).

C'est dans un but de protection de la femme, que le législateur a institué l'inaliénabilité de ses biens. Mais, lorsque l'aliénation n'est pas l'œuvre de la volonté de la femme, lorsqu'elle lui est imposée par la loi, par exemple, dans le cas d'expropriation forcée ou d'expropriation pour cause d'utilité publique, dans le cas des servitudes légales, il en est autrement ; l'aliénation devient possible puisque le consentement n'est pas nécessaire pour la réaliser.

De ce qui précède, De Loynes conclut qu'il ne suffit pas, pour écarter l'application de l'article 661, C. C., de constater que le mur dont le propriétaire contigu veut acquérir la mitoyenneté est une dépendance d'un immeuble inaliénable.

Il faut chercher une autre justification ; cet auteur la trouve « dans l'affectation du bien dont dépend le mur, « affectation qui le soustrait aux règles de la propriété privée ».

Mais alors que le système de Laurent entraînait comme conséquence logique la solution qui consiste à refuser au domaine public le droit de se prévaloir de la servitude de mitoyenneté à l'égard d'un particulier, la justification de P. de Loynes laisse entière cette deuxième question.

Il l'a résolue dans le même sens que Laurent, en approuvant la thèse de ce dernier, mais sous une forme légèrement différente.

« Pour résoudre la difficulté, il nous suffira, dit-il, de préciser les relations régies par l'article 661, C. C. ; or, il nous paraît certain, malgré la solution contraire de l'arrêt ci-dessous (Cass., 14 février 1900, précité), que la disposition de ce texte ne peut pas être invoquée au nom des unités administratives entre lesquelles se répartit le domaine public, parce que cet article s'occupe exclusivement de la propriété individuelle, parce qu'il réglemente seulement

« les rapports de personnes ayant sur les deux immeubles
« contigus un droit de propriété privée. »

Il tire argument des articles 537, 1370, 651, 652 du Code Civil.

Pour conclure il ajoute : « Il y a, suivant nous, une incompatibilité de nature légale, et les juges devraient, même d'office, décider qu'un bien ne peut pas pour une part indivise dépendre du domaine public et pour l'autre part indivise appartenir à un particulier, qu'un bien ne peut pas être soumis en même temps aux règles de la domania-
« lité publique ou de la propriété collective et aux règles de
« la propriété individuelle. »

Cette incompatibilité due à la nature différente des droits du domaine public et de ceux des particuliers sur les biens de leur patrimoine, que relève de Loynes dans sa note précitée, et dont avait déjà tiré argument Laurent, pour critiquer le système de la Cour de Cassation, n'a pas paru péremptoire à un autre auteur, M. Wahl, dans une note au Sirey sous Paris, 11 novembre 1897, précitée.

M. Wahl a un autre système. Il s'attache surtout au caractère de servitude légale que revêt la mitoyenneté. Là encore apparaît l'importance qu'il y a, à distinguer les deux aspects de la mitoyenneté ; suivant que l'on met l'accent sur l'un ou l'autre de ces aspects, servitude légale ou copropriété forcée, les solutions données aux difficultés que soulève l'application des textes régissant la mitoyenneté sont différentes. C'est ce qui explique également, dans une certaine mesure, les controverses en cette matière.

En mettant l'accent sur la mitoyenneté, considérée comme une servitude légale, M. Wahl devait être fatalement amené à combattre le système de la jurisprudence, en raison de la contradiction qu'il renferme, parce que ce sys-

tème s'attache surtout au transfert de propriété : à l'aliénation d'une partie du domaine public.

Voici la théorie de M. Wahl.

Il part de l'idée que les servitudes légales, ayant leur fondement dans la loi, existent de plein droit, en dehors de toute convention ; qu'en conséquence, elles s'imposent au domaine public comme aux particuliers en présence des termes généraux des textes qui les instituent. Or, la mitoyenneté, que le Code range parmi les servitudes établies par la loi, ne peut échapper à cette règle.

A titre d'exemple, il rappelle les règles posées par les articles 671, 673 et 681 du Code Civil, qui sont de véritables servitudes légales et auxquelles il lui paraît difficile de faire échapper le domaine public.

L'équité d'ailleurs, à son avis, commande une égalité dans les droits et les charges relatifs à la mitoyenneté, que méconnaît la jurisprudence dans les solutions qu'elle a adoptées.

La thèse de M. Wahl le conduit à contester ces solutions, en tant que la jurisprudence refuse aux particuliers le droit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur d'un immeuble compris dans le domaine public, et à les approuver, au contraire, en ce que la Cour de Cassation admet que le domaine public peut se prévaloir de l'article 661, C. C., à l'encontre des particuliers.

M. Wahl considère que l'inaliénabilité du domaine public ne contredit pas son système ; il s'exprime ainsi à ce sujet : « L'inaliénabilité a pour seul but d'empêcher qu'un immeuble utilisé dans l'intérêt général ne soit détourné de sa destination, et c'est pourquoi l'inaliénabilité cesse dès que cette destination cesse elle-même (arg. C. C., art. 541).

« La servitude de mitoyenneté n'empêche en aucune
« manière, pas plus que les autres servitudes légales, la des-
« tination du fonds compris dans le domaine public,
« puisque le mur continue à clore ce fonds et ne fait en
« outre que servir à clore désormais également une pro-
« priété voisine. »

Pour réfuter la solution jurisprudentielle dans le premier cas, il fait aussi état de la solution apportée par la Cour de Cassation et acceptée par les auteurs admettant que les immeubles dotaux, qui ne sont pas plus aliénables que ceux du domaine public, sont soumis aux servitudes légales et notamment à la mitoyenneté.

Dans son système, M. Wahl se trouve en contradiction avec Laurent et P. de Loynes sur la question de savoir si le domaine public pouvait ou non acquérir un droit de mitoyenneté sur les immeubles voisins appartenant à des particuliers.

Il est amené à réfuter leurs arguments.

Si la mitoyenneté constitue une copropriété, elle est également une servitude légale, il s'agit donc pour lui de savoir si une propriété privée peut être grevée d'une servitude légale au profit du domaine public.

Pour lui, l'affirmative est certaine. Cela résulte de l'article 637 C. C., le domaine public appartient à l'État ou aux communes comme son domaine privé, et ne diffère de ce dernier que par sa destination.

Pour cet auteur, l'article 650 qui, à propos des servitudes légales « établies pour l'utilité publique ou communale », s'exprime ainsi : « Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminée par des lois ou règlements particuliers », n'a pas pour conséquence de changer de classe des servitudes légales, ayant pour objet l'utilité des particuliers,

par le seul fait qu'elles sont revendiquées au profit du domaine public.

Même considérée comme une copropriété, en faisant abstraction du caractère de servitude que la loi attribue à la mitoyenneté, la solution apportée par la jurisprudence, au cas où le domaine public revendique la mitoyenneté à l'encontre d'un particulier, est approuvée par M. Wahl car, dit-il, « il n'y a aucun texte ni principe qui interdise la copropriété constituée de telle manière qu'entre les mains de l'un des copropriétaires, la chose sera aliénable et prescriptible et ne le sera pas entre les mains de l'autre ».

Il invoque l'article 1558 C. C., qui, visant l'immeuble dotal, mentionne le cas où « cet immeuble se trouve indivis avec des tiers, et qu'il est reconnu impartageable ».

Ainsi, le système de M. Wahl est plus logique que celui adopté par la jurisprudence, malheureusement il se heurte à une solution maintes fois consacrée et sur laquelle les Tribunaux ne paraissent pas vouloir revenir.

Il est conciliable avec l'égalité dans les droits et les charges que le Code Civil attribue aux copropriétaires d'un mur mitoyen.

§ 4. — *Valeur respective des systèmes en présence.*

En résumé, des développements qui précèdent, il résulte que nous nous trouvons en présence de trois systèmes :

1° Le domaine public ne peut être grevé d'une servitude de mitoyenneté, mais il peut en profiter.

C'est le système de la jurisprudence.

2° Le domaine public ne peut être grevé d'une servitude de mitoyenneté et il ne peut en profiter.

Ce système a été soutenu notamment par Laurent et de Loynes.

3^e Le domaine public, s'il peut profiter de la servitude de mitoyenneté, peut également en être grevé.

C'est le système de M. Wahl.

Nous avons indiqué les objections soulevées par le système jurisprudentiel, tant dans sa conception juridique, qu'au point de vue des conséquences qu'il entraîne.

Aussi, en présence de ces objections, on est évidemment tenté, pour la satisfaction de l'esprit, de faire son choix entre l'un des deux autres systèmes, plus logiques dans leurs conséquences.

Ils tiennent compte du caractère de réciprocité et d'égalité qui se dégage des textes régissant la mitoyenneté et exprimé, notamment, par l'article 651 C. C. : « La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention »

Nous avons vu que M. Wahl a tenté un essai de justification de sa thèse, eu égard au régime de copropriété résultant de l'exercice de mitoyenneté, ayant senti de quel côté les critiques pouvaient venir. Sa démonstration ne nous donne pas entièrement satisfaction et son système ne peut échapper complètement au reproche qui résulte de son fondement même : prendre en considération un seul des caractères de la mitoyenneté en négligeant l'autre.

Aussi, bien que des considérations d'intérêt pratique puissent nous faire incliner vers ce système, nos préférences doctrinales vont à celui défendu par de Loynes.

Les inconvénients que ce dernier peut présenter au point de vue pratique, se trouvent, d'ailleurs, dans une certaine mesure, réduits par la possibilité pour le domaine public de recourir à la procédure de l'expropriation pour cause d'uti-

lité publique à l'égard de la propriété voisine appartenant à un particulier.

Quant à ce dernier, il lui restera comme ressource de construire un mur contre celui du domaine public.

Le système de P. de Loynes a l'avantage de se concilier avec les deux aspects de la mitoyenneté.

Les textes régissant la mitoyenneté règlent les rapports entre particuliers ; ils ne doivent pas recevoir application dans les rapports entre les particuliers et le domaine public.

Cela découle implicitement de la distinction faite par l'article 649, C. C., dans les servitudes établies par la loi, entre celles ayant pour objet l'utilité publique ou communale et celles créées dans l'intérêt des particuliers. Or, il résulte, sans contestation possible, des textes qui suivent cet article, notamment de l'article 650, que la mitoyenneté doit être classée dans la deuxième catégorie. Établie dans l'intérêt des particuliers, elle ne peut être invoquée, ni par les particuliers contre le domaine public, ni par ce dernier à l'encontre des particuliers.

Une jurisprudence récente, un arrêt de la Cour de Paris du 13 mai 1933 (D. 34.2.101), semble apporter son appui au système ainsi approuvé.

La Cour avait à statuer sur l'application de l'article 678, C. C., dans les rapports du domaine public, en l'espèce, communal, avec un particulier.

La question se posait de savoir si cet article, qui interdit de prendre des vues droites ou fenêtres d'aspect, d'avoir des balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf décimètres de distance entre le mur où on les pratique et le dit héritage, peut être invoqué au profit d'un bien du domaine public à l'encontre d'un particulier ou non. Autrement dit, la servi-

tude légale établie par l'article précité peut-elle être opposée par la commune à un particulier ?

La Cour a répondu à cette question par la négative, pour le motif suivant : « Considérant dès lors que ledit passage « participe du caractère de domanialité publique au même « titre que l'église dont il est partie intégrante, et qu'à bon « droit les premiers juges ont déclaré l'article 678 C. C., inap- « plicable ; — Considérant que l'autorité judiciaire est « incompétente pour apprécier si les ouvertures contestées « ont été établies par les consorts L. en conformité des « règles sur la domanialité publique. »

Ainsi donc, le motif invoqué par la Cour, c'est le caractère de domanialité publique et, en conséquence, les règles régissant le domaine public rendent inapplicables celles du Code Civil.

Il faut reconnaître, toutefois, que le commentateur de cet arrêt, M. Marcel Waline, ne l'approuve pas. Il estime que les biens du domaine public ne sont soustraits au régime de la propriété privée que dans la mesure où celui-ci risquerait de gêner l'utilisation des biens dans un but d'utilité publique. Il invoque l'autorité de M. Jèze, considérant que dans la pensée de cet auteur (*Éléments de droit public et administratif*, 1910) si le droit civil est écarté, c'est dans l'intérêt exclusif et au bénéfice unilatéral de l'Administration ; ce qui s'oppose à l'application des règles du Code Civil c'est « le bon fonctionnement du service essentiel auquel la chose est affectée ».

Cette interprétation ne nous satisfait pas entièrement.

M. Jèze enseigne que « les biens du domaine public et les « immeubles riverains sont en principe indépendants les « uns des autres ».

Aussi, pour notre part, nous considérons que dès lors

qu'une règle du Code Civil est écartée, elle doit l'être tant à l'égard de celui qui l'invoque que de celui à l'encontre duquel elle est invoquée.

L'iniquité est tellement flagrante qu'il est difficile d'admettre la solution contraire.

Chaque article du Code Civil, régissant des rapports entre parties, forme un tout et on ne conçoit pas qu'il soit applicable au profit ou à l'encontre de l'une d'entre elles et inapplicable au profit ou à l'encontre de l'autre.

Dans les rapports du domaine public avec un particulier, une règle du Code Civil est applicable ou elle ne l'est pas. Dans le premier cas, elle l'est pour l'une des parties comme pour l'autre ; dans le second, elle l'est pour personne.

Si, une règle est écartée, parce que gênante pour le domaine public, elle est écartée d'une façon absolue et non à sens unique.

En dehors des conditions que nous venons d'examiner au cours de ce chapitre, et auxquelles est subordonnée l'existence de la servitude de mitoyenneté, il n'y en a pas d'autre.

La servitude de mitoyenneté atteint toute espèce de mur et même ceux qui en raison de leur faible épaisseur ou de la nature des matériaux de construction, ne pourraient supporter les ouvrages indiqués dans les articles 657 et 662 C. C.

C'est à l'article 653 qu'il faut se référer pour savoir quelle est l'étendue d'application de l'article 661. Or, l'article 653 contient l'expression « d'un mur » ; il n'est donc pas possible de faire des distinctions là où le législateur n'en a pas fait (Caen, 31 janvier 1877, S. 77.2.165, D. 77.2.51. — Rennes, 29 février 1904, D. 1904.2.326 et les auteurs cités en note).

De même, il n'y a pas lieu de se préoccuper si le mur est situé à la campagne ou dans la ville ; qu'il soutienne un

bâtiment ou serve seulement de clôture, les règles de la mitoyenneté, et notamment l'article 661 C. C., lui sont applicables. Le Code Civil ne fait aucune distinction, sous réserve des dispositions spéciales régissant la clôture (art. 663 C. C.).

CHAPITRE II

QUI PEUT SE PRÉVALOIR DE LA SERVITUDE DE MITOYENNETÉ

Dans le chapitre précédent, nous avons eu incidemment à examiner si le domaine public pouvait bénéficier de la servitude de mitoyenneté ou non. Nous avons indiqué la solution favorable donnée par la jurisprudence à cette question, les raisons pour lesquelles elle n'avait pas été approuvée et qui avaient conduit une partie de la doctrine à la solution inverse : la non-application des règles régissant la mitoyenneté dans les rapports entre le domaine public et les particuliers.

Nous ne reviendrons pas sur cette question, si ce n'est pour ajouter qu'une opinion appuyée sur de sérieuses autorités (Proudhon et Ducroq) considère que le domaine public ne fait pas l'objet d'une véritable propriété, mais que les personnes administratives n'ont qu'un simple « droit de garde et de surintendance » (Colin et Capitant, t. I, p. 711).

Dans une telle opinion on est conduit également à écarter le domaine public du bénéfice de la servitude de mitoyenneté par l'interprétation littérale de l'article 661 C. C. qui commence ainsi : « Tout propriétaire... »

En dehors du cas particulier du domaine public, quels sont les autres bénéficiaires de la servitude de mitoyenneté et ceux auxquels ce bénéfice est refusé ?

En disant dans l'article 661 : « Tout propriétaire », la loi semble bien admettre que le droit d'acquérir la mitoyen-

neté d'un mur ne peut appartenir qu'au propriétaire du terrain contigu. C'est la solution donnée par Laurent (t. VII, n° 514).

Cependant, la plupart des auteurs n'exigent pas chez l'acquéreur de la mitoyenneté l'existence d'une propriété absolue ; ils se contentent de la jouissance d'une partie des droits de propriété : ainsi ils reconnaissent la faculté d'acquérir la mitoyenneté à l'emphytéote, à l'usufruitier et à l'usager, qui exercent les droits d'un propriétaire et ont un droit réel sur l'immeuble de ce dernier (Planiol et Ripert, t. III, n° 314).

Le simple possesseur, et spécialement le locataire, peut-il prétendre aussi à la cession de la mitoyenneté ?

Cette question a été résolue négativement par un arrêt de la Cour de Cassation du 27 juin 1892 (D. 92.379), pour le motif que seul le propriétaire était investi de la faculté d'acquérir, le locataire ne pouvant agir de son chef, sans un mandat de son bailleur.

Cette solution doit être entièrement approuvée. L'article 661, qui est une exception au principe général posé dans l'article 545 C. C. et qui, par suite, doit être interprété restrictivement, parle du propriétaire seul ; or, le preneur, à la différence de l'usufruitier, de l'emphytéote ou de l'usager, ne possède même pas certains attributs de la propriété : il n'a pas un droit réel sur la chose louée, il n'a qu'un droit personnel contre le bailleur.

« Le locataire, observe très justement Laurent (*loc. cit.*),
« n'a pas le droit d'acquérir en son nom la mitoyenneté,
« puisqu'il est simple détenteur ; il ne l'a pas davantage au
« nom du bailleur, puisqu'il n'a aucune qualité pour agir
« au nom du bailleur, et celui-ci ne peut pas devenir pro-
« priétaire malgré lui. »

DEUXIÈME PARTIE

L'ACQUISITION DE LA MITOYENNETÉ

Au début de cet ouvrage, nous avons étudié les conditions d'existence de la servitude de mitoyenneté et qui peut s'en prévaloir.

Nous allons examiner, dans cette seconde partie, l'exercice de la servitude de mitoyenneté et les conditions auxquelles il est soumis.

L'exercice de cette servitude n'est pas autre chose que l'acquisition de la mitoyenneté, stade intermédiaire entre les deux aspects de cette question : servitude et copropriété. Par l'acquisition, le mur qui appartenait à un seul propriétaire, mais grevé d'une charge au profit du fonds contigu, devient la propriété commune des deux voisins, dont l'un a fait jouer à son profit l'article 661 C. C. ou l'article 660, en cas d'exhaussement.

Nous avons annoncé que cette matière de la mitoyenneté donnait lieu à de nombreuses controverses, et nous avons indiqué la raison principale des discussions doctrinales ou des solutions divergentes de la jurisprudence.

Du fait de sa position intermédiaire, l'acquisition de la mitoyenneté est la partie de l'étude de cette matière où les controverses en doctrine ont été les plus vives, les solutions de la jurisprudence les plus contradictoires, suivant que les

auteurs ou les tribunaux s'attachaient au caractère de servitude de la mitoyenneté ou à son caractère de copropriété.

Il faut reconnaître, d'ailleurs, que les seuls textes du Code Civil, qui traitent de l'acquisition, les articles 660 et 661, surtout le second, prêtent à interprétation.

Nous laisserons de côté pour l'instant l'étude de l'article 660, qui ressort à la troisième partie, sauf en ce qui concerne l'acquisition de l'exhaussement ; mais, à ce point de vue, l'article 660 peut être considéré comme une application de l'article 661, à une différence près, que nous indiquerons ultérieurement.

Tout d'abord, rappelons en quels termes est conçu l'article 661 qui fixe les conditions d'exercice de la servitude de mitoyenneté : « Tout propriétaire joignant un mur, a de
« même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie,
« en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur,
« ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre
« mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur
« est construit. »

De ce texte, il résulte que l'exercice de la servitude de mitoyenneté est subordonnée à une seule condition : le paiement d'une indemnité par le voisin qui entend devenir copropriétaire du mur.

Cet article fixe le mode de calcul de cette indemnité et les éléments qui entrent dans sa détermination. Avant de passer à l'étude de cette question, que nous réserverons pour le dernier chapitre de cette partie, il nous paraît plus logique de rechercher, tout d'abord, la nature de l'opération juridique par laquelle se réalise l'acquisition.

La question de la nature de cette opération a été soulevée, lorsqu'il s'est agi de déterminer les droits d'un propriétaire dépossédé à l'encontre de son voisin, qui s'était servi

du mur, en se prévalant de la faculté que lui donne l'article 661 et, surtout à l'égard d'un tiers acquéreur de l'immeuble où le mur avait été incorporé.

De nombreux systèmes ont été produits, tant en jurisprudence qu'en doctrine (voir dissertation de Brésillion au Dalloz sous Cass. req., 10 avril 1889, D. 89.1.321).

Dans les chapitres qui vont suivre, nous passerons en revue ces différents systèmes qui peuvent être classés sous trois rubriques :

1^o L'acquisition de la mitoyenneté s'opère-t-elle par le seul fait de l'occupation du mur ?

2^o L'acquisition de la mitoyenneté est-elle subordonnée au paiement préalable de l'indemnité ?

3^o L'acquisition de la mitoyenneté résulte-t-elle d'une convention ou d'une décision judiciaire ?

Précisons comment la question s'est posée dans la pratique et dans quelles conditions les tribunaux ont été saisis.

Un particulier, le plus souvent un spéculateur, ne disposant pas de capitaux personnels, est propriétaire d'un terrain. Il décide d'y édifier des constructions, un immeuble de rapport, par exemple. Des immeubles contigus existent déjà. Au lieu de procéder à la construction de murs très onéreux, à la limite de sa propriété, il adossera son immeuble aux immeubles voisins en se servant des murs qui existent, comme lui en donne la faculté le Code Civil. Mais, sans se mettre d'accord avec les propriétaires voisins, comme le commandent les convenances et le souci de maintenir de bons rapports de voisinage, ce propriétaire se livre à une véritable usurpation des murs contigus. Le compte de mitoyenneté sera dressé plus tard, mais sans qu'aucune convention ou décision de justice soit intervenue préala-

plement à la construction de l'immeuble. Celle-ci achevée, les propriétaires voisins s'adressent à son auteur. Si ce dernier est toujours propriétaire de l'immeuble qu'il a fait édifier, ils obtiendront assez facilement le règlement de l'indemnité que leur accorde la loi.

Mais, très souvent, un laps de temps assez long aura pu s'écouler, entre la date des constructions et celle de la réclamation, au cours duquel l'immeuble aura été revendu, soit à l'amiable, soit plus généralement par voie d'expropriation forcée sur poursuites d'un créancier, prêteur de deniers pour la construction ou entrepreneur.

Dans ce cas, comment les propriétaires dépossédés vont-ils pouvoir recouvrer la créance établie à leur profit par l'article 661, C. C. ?

La même question se pose dans le cas où une convention ou une décision de justice est intervenue contre l'acquéreur originaire de la mitoyenneté, mais lorsqu'au moment de l'exécution, l'immeuble est en possession d'un tiers détenteur ?

Telles sont les questions à résoudre.

CHAPITRE PREMIER

L'ACQUISITION DE LA MITOYENNETÉ S'OPÈRE-T-ELLE PAR LE SEUL FAIT DE L'OCCUPATION DU MUR ?

L'affirmative a été soutenue.

Dans un tel système, le seul fait de la prise de possession du mur assujetti à la servitude légale de l'article 661, C. C., vaut acquisition par le voisin de la mitoyenneté.

Cette prise de possession est considérée comme le mode légal d'exercice de la servitude dont s'agit, et crée, *ipso facto*, entre les deux voisins des rapports de copropriétaires du mur et de créancier à débiteur de l'indemnité.

Le maître du mur ne peut s'y opposer et il devient créancier avant même que le chiffre n'en ait été réglé amiablement ou judiciairement.

SECTION I

COMMENT S'ANALYSE

JURIDIQUEMENT L'ACQUISITION INTERVENUE

Deux théories sont en présence.

Dans un premier système, l'exercice de la servitude légale de l'article 661, C. C., fait naître une mutation qui constitue une vente.

Dans un second système, l'article 661 établit des servitudes réciproques, l'une en vertu de laquelle le mur a été

rendu mitoyen, l'autre qui permet que l'indemnité soit réglée et remboursée.

§ 1. — *Examen du premier système.*

La mutation de propriété qui se produit à la suite de l'exercice de la faculté de l'article 661 par l'occupation du mur, et en dehors de toute convention entre les parties, contient tous les éléments d'une vente.

Le caractère obligatoire de l'opération pour l'une des parties n'a pas pour effet de changer son caractère, la qualification de vente s'étendant même aux aliénations forcées.

L'acquisition de la mitoyenneté renferme tous les éléments d'une vente : d'un côté, il y a la chose vendue, la copropriété du mur ; de l'autre, un prix consistant dans l'indemnité à payer.

Il importe peu qu'au moment où se place l'acquisition, c'est-à-dire lors de l'emprise sur le mur du voisin, manifestation de volonté de celui qui veut acquérir, le prix ne soit pas fixé. Il n'en est pas moins facilement déterminable puisque l'article 661 précise la façon dont l'indemnité doit être calculée. La fixation n'en est pas laissée à l'arbitraire d'une des parties.

L'acquisition constituant une vente, le maître du mur non indemnisé se trouve dans la situation d'un vendeur non payé.

Il est donc fondé à se prévaloir des garanties données à ce dernier par la loi et, notamment, du privilège de vendeur, à charge toutefois pour conserver celui-ci de remplir les formalités de l'article 2108, C. C. ou de l'article 6 de la loi du 23 mars 1855, qui autorise, en cas de revente, l'inscrip-

tion du privilège dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente.

A l'égard d'un tiers détenteur, le droit de suite ne pourra s'exercer que sous forme d'une action en revendication, après avoir obtenu un jugement de résolution. Mais l'action résolutoire est subordonnée à la conservation du privilège de vendeur, conformément à l'article 7 de la loi du 23 mars 1855. L'inaccomplissement des formalités prescrites par l'article 2108 C. C. ou par l'article 6 de la loi précitée fait donc perdre au maître du mur tout recours pour le recouvrement de sa créance.

Ce système a été soutenu en doctrine (Le Courtois, *La France Judiciaire*, 1886, 1^{re} partie, p. 385 et suivantes, également Lucien Pinvert, *Gaz. Pal.*, 30 novembre-1^{er} décembre 1888, « Remarques sur l'origine, la nature et les effets de la cession de mitoyenneté »), et admis par certaines décisions de justice (Pau, 3 mai 1888, D. 89.2.285).

Dans l'arrêt précité, la Cour de Pau ne reconnaît pas expressément qu'il y a eu vente dans le sens légal du mot, mais elle accorde au maître du mur dépossédé le privilège de l'article 2103 C. C., qui ne peut être, en raison des circonstances de la cause, que celui du vendeur non payé.

Ces circonstances sont elles-mêmes intéressantes à reproduire : « Attendu que s'il n'apparaît d'aucun document
« versé au procès qu'une convention soit intervenue entre
« les deux propriétaires limitrophes pour la vente ou la
« cession de la mitoyenneté du mur séparatif de leurs héri-
« tages, il n'en est pas moins vrai que la dame B..., voulant
« édifier une importante construction contre le mur de
« voisin, s'est emparée de la mitoyenneté du mur joignant
« son terrain et a exhausé ce mur; attendu que la dame B...
« en usant de ces servitudes légales écrites dans les arti-

« les 658 et 661 C. C., s'est par là-même constituée débi-
« trice du prix de la mitoyenneté et de l'indemnité de la
« charge à raison de l'exhaussement...

« Attendu que c'est à bon droit que le juge commissaire
« d'abord et le Tribunal ensuite ont consacré l'existence du
« privilège de l'article 2103... »

Ce système qui fait découler de la simple voie de fait, des rapports de vendeur à acheteur entre le maître du mur dépossédé et son voisin, a soulevé de sérieuses objections dans le cas particulier où aucun accord amiable ou décision de justice n'intervenait pour consacrer la dépossession et régler le montant de l'indemnité.

Les exigences de l'article 2108 C. C. ou de la loi de 1855 supposent, pour être observées, que l'indemnité soit fixée de manière à ce que le montant puisse être indiqué dans la transcription ou dans l'inscription.

Le propriétaire voisin qui aura pris possession du mur et, de ce fait, l'aura rendu mitoyen, se préoccupera peu ensuite de prêter son concours au maître originaire du mur, pour fixer le montant du prix de cession.

A une évaluation amiable, le créancier peut évidemment substituer une fixation par le juge, mais il risque d'arriver trop tard en cas de revente, quelles que soient ses diligences.

§ 2. — *Examen du deuxième système.*

Comme dans le premier système, le propriétaire, qui a la faculté d'acquérir la mitoyenneté d'un mur, le rend mitoyen par cela seul qu'il en a pris possession, mais l'exercice de cette faculté n'est pas constitutif d'une vente.

L'article 661 établit, dans ce système, une double servitude ayant pour effet de permettre, d'un côté, de con-

traindre le propriétaire du mur à en céder la mitoyenneté, de l'autre, d'exiger du voisin le paiement de l'indemnité.

Le maître du mur dépossédé ne bénéficie pas du privilège de vendeur, ni de l'action résolutoire pour obtenir ce paiement; il n'est pas pour cela désarmé.

La charge d'indemnité est une charge réelle et elle suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe.

Si cette charge ne répond pas à la définition de l'article 637 C. C., puisqu'il s'agit d'une somme d'argent et non d'un service foncier, les promoteurs de ce système estiment que le législateur est libre de créer des servitudes avec des caractères particuliers. C'est ce qu'il a fait dans l'article 661.

Cette théorie des servitudes réciproques entre le voisin qui exerce son droit à l'acquisition de la mitoyenneté et celui qui devient créancier d'indemnité, a été consacré par un certain nombre de décisions, qui ne sont différentes que sur un point.

L'article 2 de la loi du 23 mars 1855 soumet à la formalité de la transcription tous les titres constitutifs de servitudes.

La mitoyenneté étant considérée comme une servitude, on a été amené à se demander si les actes concernant l'exercice de ce droit devaient être transcrits pour être opposables à un tiers acquéreur.

Une première solution est certaine. La loi de 1855 n'a entendu imposer la formalité de la transcription aux actes constitutifs de servitudes que lorsque celles-ci résultent de conventions, dont les tiers ne peuvent avoir connaissance sans cette publicité.

Or, la servitude de mitoyenneté que constitue le droit à l'acquisition a été créée par le Code Civil, elle a son fonde-

ment dans la loi et existe indépendamment de toute convention.

Un tel droit n'a donc pas besoin d'être transcrit pour être opposable aux tiers. Ceux-ci ne sauraient être trompés par son existence puisque c'est la loi elle-même qui le consacre.

En est-il de même de la charge d'indemnité ?

Sur ce point, la jurisprudence qui a consacré le second système est divisée.

I. — Certaines décisions, tout en reconnaissant que l'action en paiement du prix de la mitoyenneté est une action réelle, n'ont cependant pas considéré, comme une conséquence forcée de ce principe, la nécessité de la transcription du compte de mitoyenneté ou du jugement en tenant lieu, la servitude préexistant à l'établissement du compte. La créance d'indemnité n'est, au contraire, qu'une suite de l'exercice du droit légal créé par l'article 661. Elle participe du caractère de cette servitude qui apparaît aux yeux et qui, existant par le seul fait de la loi, n'a pas besoin d'être transcrite pour être portée à la connaissance des tiers. (V. en ce sens, Paris, 6 décembre 1871 et 11 décembre 1874, *Bulletin de la Cour de Paris*, 1871, p. 326 et 1874, p. 462 ; Trib. Civil de la Seine, 25 février 1885, D. 85.2.354 ; Trib. Civil de la Seine, 11 mars 1886, D. 89.1.321).

II. — D'autres décisions assujettissent, au contraire, à la transcription la charge d'indemnité de la mitoyenneté (V. en ce sens, Paris, 25 novembre 1885, D. 86.2.189).

D'après ces décisions, le paiement du compte de mitoyenneté, c'est-à-dire l'acte constatant la créance du propriétaire qui a cédé à l'autre une partie du mur, ne peut être poursuivi contre un tiers acquéreur de l'immeuble auquel le mur a été incorporé, que si ce compte a fait l'objet

d'une transcription antérieure à la transcription du nouveau titre d'acquisition.

Si le droit à la mitoyenneté, c'est-à-dire la servitude qui préexiste par la volonté du législateur n'est pas, par sa nature, susceptible de transcription, il en est autrement de la créance née au profit du propriétaire dépossédé.

Cette jurisprudence considère que si le propriétaire est vigilant, il peut toujours se procurer un titre de nature à être transcrit : soit un compte d'expert approuvé par les parties, soit un acte sous-seings privés signé d'elles, soit un jugement. En fait, la transcription est donc possible. Aucune sécurité n'existerait pour les acquéreurs d'immeubles, s'ils n'étaient pas à même de connaître les charges grevant les immeubles.

Il nous paraît utile pour illustrer cette thèse de citer les considérants de l'arrêt de la Cour de Paris du 25 novembre 1885.

On lit notamment dans cet arrêt que « si le droit à la
« mitoyenneté établi par la loi n'est pas susceptible de
« transcription, il en est autrement de l'obligation corré-
« lative qui incombe à celui qui exerce ce droit de payer
« l'indemnité due au propriétaire qui a cédé une partie de
« son terrain et de sa construction ; que l'exercice du droit
« à la mitoyenneté engendre alors, pour le propriétaire
« soumis à l'exercice de la servitude légale, un droit réel
« susceptible d'être opposé aux divers détenteurs de l'im-
« meuble, mais à la condition que cette créance soit
« révélée aux tiers par la transcription du titre qui la
« constate, conformément aux prescriptions de la loi du
« 23 mars 1855 ; ... qu'une solution contraire aurait pour
« conséquence d'exposer l'acquéreur de l'immeuble à payer
« une seconde fois, comme tiers détenteur, la valeur d'une

« mitoyenneté qu'il aurait déjà payée comme acheteur. »

Dans le second système, et sans qu'il y ait à distinguer entre les décisions qui obligent à la transcription du compte de mitoyenneté et celles qui dispensent le propriétaire dépossédé de cette formalité pour exercer son recours, l'action en paiement du compte de mitoyenneté constitue une véritable action réelle grevant l'immeuble au profit duquel la mitoyenneté a été acquise et le suivant en quelques mains qu'il passe.

Cette action réelle n'en laisse pas moins subsister une action personnelle contre celui en la personne duquel l'obligation de remboursement a pris naissance, et dont il n'a pu s'affranchir par l'aliénation de son immeuble :

C'est en raison de ce double aspect que l'action en paiement du compte de mitoyenneté a pu être qualifiée d'action mixte, *in rem scripta* (Trib. Civil de la Seine, 27 janvier 1886, Cass., 21 mars 1843, S. 43.1.350).

Faire de la créance du maître du mur une servitude, grevant l'immeuble auquel se trouve incorporé le mur par l'exercice de la faculté de l'article 661 C. C., nous paraît forcer le sens de ce dernier article.

Il est difficile de concevoir la notion d'immeuble débiteur et d'immeuble créancier, qui continueraient à être grevé ou à bénéficier de l'indemnité, en quelques mains qu'ils se trouvent.

La nature de ce droit à l'indemnité ne paraît pas se concilier avec le caractère de la servitude telle qu'elle est défini par l'article 637 C. C., qui en fait un véritable service foncier.

Nous avons indiqué précédemment les difficultés auxquelles on se heurte si l'on entend subordonner à la transcription, l'exercice d'un recours à l'encontre de ceux qui ont

acquis des droits sur l'immeuble auquel le mur a été incorporé et les ont conservés conformément à la loi.

SECTION II

OBSERVATIONS

Les critiques soulevées par les deux systèmes que nous venons d'examiner font que, discutés par la doctrine, aucun d'eux n'a été consacré par la Cour de Cassation en tant qu'ils font remonter l'acquisition de la mitoyenneté à la prise de possession du mur, qu'il y ait eu accord ou non entre le maître du mur et le voisin qui en acquiert la mitoyenneté.

Il est maintenant généralement admis que la prise de possession d'un mur par l'adossement d'une construction ne constitue qu'une simple entreprise de fait qui, en dehors de toute convention, n'emporte nullement acquisition de la mitoyenneté (Cass., 10 avril 1889, S. 89.1.404, D. 89.1.371. — Cass., 27 juin 1892, S. 92.1447, D. 1900.1.229. — Cass., 22 janvier 1900, D. 1900.1.351).

Avec cette dernière conception, l'acquisition de la mitoyenneté ne peut plus résulter que de la convention ou d'une décision judiciaire.

Avant de passer à l'examen de cette conception, qui correspond à l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, nous allons donner quelques indications sur un autre système qui subordonne l'acquisition de la mitoyenneté au paiement préalable de l'indemnité.

CHAPITRE II

L'ACQUISITION DE LA MITOYENNETÉ EST-ELLE SUBORDONNÉE AU PAIEMENT PRÉALABLE DE L'INDEMNITÉ ?

Dans ce système, le maître du mur en garde la propriété exclusive jusqu'à ce que le paiement de l'indemnité de l'article 661 C. C. ait régularisé l'établissement de la mitoyenneté.

Si le droit à l'indemnité est acquis dès la prise de possession, qui est la manifestation de volonté du voisin d'acquérir la mitoyenneté, le transfert de propriété n'a pas lieu immédiatement.

Il n'y a pas vente, que l'indemnité non payée ait été ou non réglée.

Il n'y a pas non plus constitution de servitude.

Le droit à l'indemnité ne constitue qu'une créance ordinaire de somme d'argent, de nature personnelle comme toute créance ayant pour objet une chose de quantité.

Mais cette créance a un caractère *sui generis*. Aussi, le recouvrement peut être effectué contre tout nouveau détenteur d'immeuble accru de la mitoyenneté, en vertu d'une véritable fiction. Le tiers détenteur est réputé perpétuer sous sa responsabilité directe, l'entreprise originaire, tant que le remboursement de l'indemnité mise par l'article 661 à la charge de son auteur, n'en a pas fait cesser l'illégalité.

Ce système a été consacré notamment par un arrêt de

la Cour de Paris du 14 juin 1888 (D. 89.2.245) sur les conclusions du substitut Etienne Flandin.

Ce dernier, dans ses conclusions, a nié que le créancier de l'indemnité « ait sur l'immeuble de son voisin, un droit « que l'on puisse comparer, en quoi que ce soit, à un « démembrement de la propriété, à l'un de ses attributs, « non plus qu'à un droit réel quelconque, parce qu'il est « impossible de rattacher l'immeuble et la personne par « le lien direct et immédiat qui est le caractère constitutif et essentiel du droit réel ».

Ayant ainsi affirmé le caractère personnel de la créance d'indemnité, ce magistrat devait chercher à justifier comment l'action pouvait être étendue à un tiers détenteur étranger à l'entreprise originaire.

Selon lui, le maître du mur puise son action en paiement contre le tiers détenteur de l'immeuble où la mitoyenneté de ce mur a été incorporé, dans le droit qui lui appartient de reprendre son mur faute du remboursement de l'indemnité à lui due.

Voici d'ailleurs en quels termes il s'exprime : « Tout en « reconnaissant, conformément aux principes fondamentaux de la classification des droits en droits réels et en « droits personnels, que le droit de mitoyenneté n'est « dans son essence qu'un simple droit de créance, il peut « cependant être exercé contre tout tiers acquéreur de « l'immeuble accru de la mitoyenneté, ce tiers acquéreur « étant tenu *propter rem*, parce que la possession est « entachée d'un vice qui, tant qu'elle n'en a pas été purgée, rend admissible la résolution d'un état de choses « qui ne saurait se perpétuer que dans des conditions « déterminées en l'absence desquelles il serait attentatoire à la propriété. Tel est à nos yeux le droit qui doit

« appartenir au propriétaire créancier de l'indemnité de
« mitoyenneté d'agir en paiement contre tout acquéreur
« de l'immeuble ayant bénéficié de la servitude légale de
« l'article 661, C. C. ».

L'arrêt de la Cour de Paris fait sienne la théorie de son substitut. Il serait à citer entièrement. Nous nous contenterons de reproduire les principaux considérants : « Que
« le paiement préalable de cette indemnité est, d'après
« les termes mêmes du législateur, la condition nécessaire
« de cette sorte d'expropriation ; de telle manière que le
« mur ne deviendra mitoyen que par l'effet du rembour-
« sement et restera propre à son maître, tant que ce rem-
« boursement n'aura pas eu lieu. »

Il faut reconnaître à cet arrêt le mérite de consacrer une interprétation littérale de l'article 661 C. C.

La sanction consiste dans le droit pour le maître du mur de faire tomber les constructions induement adossées ; « que s'il en est ainsi vis-à-vis du constructeur, il
« ne saurait en être autrement quand celui-ci a cédé
« l'immeuble à un tiers ».

Les appelants ayant invoqué les articles 1, 2, 6 et 7 de la loi du 23 mars 1855, l'arrêt les déclare inapplicables à l'espèce en raison de la nature de la mitoyenneté, l'exercice de l'article 661 ne pouvant, ni constituer une vente, ni faire naître une servitude.

Des objections sérieuses ont été formulées contre ce système (voir note Brésillion au Dalloz 1889.1.321, sous Cass., 10 avril 1889, précité).

La notion de propriétaire-créancier est aussi inadmissible que celle de servitude-créance du système précédent.

Les deux qualités de propriétaire et de créancier sont

antagonistes l'une de l'autre. Ou bien, la propriété du mur est demeurée entre les mains du maître originaire et, dans ce cas, celui-ci est fondé à le revendiquer tant à l'encontre de l'auteur de l'emprise que contre un tiers acquéreur. Ou bien, le propriétaire originaire est devenu un créancier, ce qui suppose une aliénation de la copropriété du mur et, dans ce cas, il a perdu la qualité de propriétaire. Il ne peut recouvrer cette dernière qu'après résolution judiciaire dirigée contre l'acquéreur personnellement obligé au paiement de la dette. La résolution prononcée, il pourra agir en revendication contre un tiers détenteur.

Ces règles sont celles applicables en cas d'aliénation ordinaire. Pour quelle raison les écarter dans la matière de la mitoyenneté ?

D'autre part, dans ce système, il n'est fait aucune distinction entre une dépossession brutale et celle qui a lieu en exécution d'une convention amiable ou d'une décision judiciaire. Dans les deux cas, l'acquisition de la mitoyenneté ne se réalise que par le paiement préalable de l'indemnité, alors même qu'une convention ou une décision judiciaire aurait rendu le mur mitoyen.

Cette objection paraît avoir été aperçue par certains Tribunaux.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris du 23 janvier 1888 (D. 89.1.321) limite l'application du système précédent au cas où l'immeuble a été transmis avant qu'aucun compte n'ait été dressé. Il subordonne ainsi l'exercice de l'action personnelle contre un tiers détenteur à l'absence d'un accord volontaire ou forcé sur l'établissement de la mitoyenneté.

Mais cet arrêt apparaît critiquable en ce sens qu'il

laisse subsister un droit de créance contre le tiers détenteur de l'immeuble auquel a été incorporé la mitoyenneté. D'autre part, il implique évidemment que la mitoyenneté serait régulièrement constituée au cas d'accord ou de décision judiciaire, mais il ne tranche pas la question de savoir, si, à défaut de paiement ou d'aliénation, une action subsiste contre le tiers détenteur et, dans l'affirmative, quelle est sa nature ?

Ces développements nous conduisent ainsi à rechercher les solutions apportées par la doctrine et la jurisprudence les plus récentes.

CHAPITRE III

L'ACQUISITION DE LA MITOYENNETÉ RÉSULTE-T-ELLE D'UNE CONVENTION OU D'UNE DÉCISION JUDICIAIRE ?

Le caractère artificiel des différents systèmes que nous venons d'exposer, devait inciter la doctrine et les tribunaux à rechercher une solution au problème de l'acquisition de la mitoyenneté se rattachant aux principes généraux du droit moderne français.

C'est parce que ces principes ont été perdus de vue, que les solutions précédentes sont boiteuses et présentent des fissures par où la vérité devait peu à peu prendre jour.

Analyser l'acquisition de la mitoyenneté comme une vente est juridique ; mais faire remonter cette vente au jour de la prise de possession en dehors de tout accord l'est beaucoup moins et risque de frustrer le maître du mur qui a pu l'ignorer, surtout si on lui impose l'accomplissement de formalités pour assurer la conservation de sa créance.

L'article 661 C. C. constitue une exception à la règle posée par l'article 545 de laquelle il résulte que « nul ne peut être contraint de céder sa propriété ». Mais le caractère exceptionnel de ce texte fait qu'il doit être interprété restrictivement et, dans un sens susceptible de protéger celui qui est obligé d'en subir l'application.

Aussi, enlever la propriété du mur à son auteur, dès

la prise de possession par le voisin, est dangereux et certainement contraire à l'esprit du législateur. A ce droit de propriété, on substitue, il est vrai, un droit de créance, mais il tombe sous le sens commun qu'un droit de propriété est de beaucoup préférable à un droit de créance.

Ces explications valent également pour le système qui par le fait de l'acquisition, laquelle remonte également à la prise de possession, substitue à la servitude légale grevant le mur, une servitude, cette fois au profit du copropriétaire dépossédé à l'encontre du fonds voisin.

Mais appeler servitude, un droit de créance qui peut, il est vrai, être exercé contre un tiers tenu non personnellement à la dette, mais *propter rem*, c'est renverser toutes les notions bien établies sur la classification des droits.

Cette créance d'indemnité ne répond d'ailleurs nullement à la définition donnée par l'article 637 C. C., de la servitude, « charge imposée sur un héritage pour l'utilité » d'un héritage appartenant à un autre propriétaire », qui est un véritable service foncier.

Faire du paiement préalable de l'indemnité, la condition de l'acquisition, c'est revenir à la notion du droit romain en matière de vente, notion que le droit moderne français n'a pas consacré.

Considérer l'action en paiement comme une action personnelle, même à l'égard d'un tiers détenteur, c'est une thèse qui peut être soutenue en l'absence d'une convention ou d'une décision judiciaire, car alors l'usurpation est le fait aussi bien du premier auteur que de celui qui a été substitué à lui, mais il est difficile de justifier cette théorie quand il y a eu convention ou décision judiciaire.

L'étude des controverses que nous avons faite n'était

cependant pas inutile car elle nous a permis d'entrevoir, peu à peu, où se trouvait la solution conforme aux principes traditionnels.

SECTION I

L'ACQUISITION DE LA MITOYENNETÉ EST UNE VENTE IMMOBILIÈRE

Cherchons à définir le mécanisme de l'opération de l'acquisition de la mitoyenneté.

A l'origine de l'opération, une servitude légale, qui existe sous certaines conditions que nous avons définies, dont peut se prévaloir le propriétaire voisin. En exerçant la faculté qui lui est ainsi accordée par l'article 661, il fait disparaître cette servitude à laquelle se trouve substitué un régime de copropriété du mur avec des droits égaux pour chacun des propriétaires. Ces droits égaux supposent que les droits de l'un des propriétaires sont réduits au profit de l'autre. Il y a eu aliénation de droits immobiliers qui ne peut être qu'une cession à laquelle les règles de la vente sont applicables.

La cession de mitoyenneté renferme en effet les éléments essentiels de la vente : une chose et un prix.

La chose consiste dans la propriété indivise du mur rendu mitoyen.

Un prix : c'est l'indemnité dont l'article 661 a précisé les bases de calcul.

Pour contester le caractère de vente à l'acquisition de la mitoyenneté, on a insisté sur ce que, si le consentement de l'acquéreur existe, celui du maître du mur n'est pas

nécessaire. Ce dernier subit la disposition de la loi. Il ne fait pas un acte volontaire ; or, point de vente sans consentement.

A cette argumentation, Labbé dans une note au Sirey (1886.2.25, sous Paris, 25 novembre 1885 et Trib. Civ. Seine, 12 novembre 1885), répond : « On qualifie de vente
« sur saisie une conversion en argent par voie d'enchères,
« à laquelle le propriétaire ne consent pas. De même le
« copropriétaire qui subit contre son gré une licitation,
« est vendeur toutes les fois au moins que l'adjudicataire
« est un tiers (art. 1686 C. C.). Le législateur s'occupe
« sous la même rubrique des ventes volontaires et des
« ventes qui se font d'autorité de justice (art. 1684 C. C.).
« Le professeur M. Oudot définissait la vente un acte qui,
« consenti ou subi par une nécessité légale, remplace dans
« le patrimoine un bien quelconque par sa valeur en
« numéraire. Autrement, on aboutirait à une subtilité
« pure : il suffirait que le propriétaire du mur déclarât
« qu'en faisant abstraction de l'article 661, il consent
« volontiers à la cession de la copropriété, pour être fondé
« à réclamer les droits d'un vendeur, pourquoi refuser à
« ceux qui se soumettent les avantages accordés à ceux
« qui vont au-devant du désir de la loi par leur consente-
« ment spontané. »

La doctrine la plus récente admet aussi que la cession de mitoyenneté, pour forcée qu'elle soit à l'égard de l'une des parties, n'en demeure pas moins une vente (Colin et Capitant, t. I, p. 787).

On peut trouver un argument d'analogie dans les lois récentes sur la propriété commerciale. La loi du 30 juin 1926, tout en obligeant le propriétaire à consentir le renouvellement du bail originaire, n'a pas pour effet de changer

la nature du nouveau contrat qui demeure un bail malgré son caractère forcé pour l'une des parties.

Certains auteurs, en raison de son caractère forcé, ont voulu y voir une expropriation, ou tout au moins une opération de nature mixte tenant à la fois des règles de la vente et de celles de l'expropriation.

Planiol et Ripert (t. III, n° 317), définissent la cession de mitoyenneté « une opération de nature mixte, qui tient « à la fois de la vente et de l'expropriation, les règles qu'on « lui applique sont un mélange des règles de l'une et de « l'autre ».

En dehors du cas d'expropriation pour cause d'utilité publique prévu par l'article 545 C. C., il est difficile d'étendre la portée de ce texte à la cession de mitoyenneté, laquelle a, avant tout, en vue l'intérêt des particuliers.

Comme nous le verrons, les règles de la vente immobilière sont applicables à la cession de mitoyenneté, sauf celle de la garantie des vices de construction, tout au moins dans l'opinion dominante. En cela cette cession ressemble à l'expropriation.

La jurisprudence, hésitante à l'origine, a eu à plusieurs reprises à se prononcer dans le sens de la vente.

Dans un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation, on lit : « que la conséquence essentielle de la mitoyenneté du mur est de constituer sur la tête de l'acquéreur « et du vendeur... ».

Auparavant, la Cour Suprême avait eu l'occasion de se prononcer dans le même sens, et dans des termes à peu près identiques (1^{er} juillet 1861, D. 62.1.130).

Le Tribunal de la Seine dans un jugement du 3 décembre 1928 (D. 1929.2.61), a fait application de ces principes : « Attendu qu'il faut voir dans la cession de

« mitoyenneté une cession de droits immobiliers, d'où il
« suit qu'elle doit être traitée comme une vente immobi-
« lière... »

L'examen des conséquences qui sont attachées à l'acquisition de la mitoyenneté, tant par la jurisprudence que par la doctrine, confirme que cette opération constitue une vente.

Nous avons déjà vu dans la première partie, que la jurisprudence avait écarté l'application de l'article 661 à l'encontre du domaine public parce qu'il en résulterait une aliénation. Les développements donnés sur ce point nous dispensent d'y revenir.

SECTION II

CONSÉQUENCES ATTACHÉES A L'ACQUISITION DE LA MITOYENNETÉ

De ce que l'acquisition de la mitoyenneté est une vente, il en résulte un certain nombre de conséquences.

I. — Il faut que la cession de mitoyenneté soit transcrite pour être opposable aux tiers.

Cette conséquence est généralement admise par la doctrine (Colin et Capitant, t. I, p. 787. Planiol et Ripert, t. III, n° 317).

M. Lalou, dans une note au Dalloz, sous le jugement du Tribunal Civil de la Seine du 3 décembre 1928, précité, approuve cette solution en ces termes : « D'après l'opinion
« qui a fini par prévaloir, la cession fixant l'indemnité
« doit être transcrite pour que la créance d'indemnité du
« propriétaire du mur soit opposable aux tiers (Trib. Civ.
« de la Seine, 17 décembre 1881, 31 décembre 1884, 20 fé-

« vrier 1885, 21 avril 1885, cités note D. 86.2.189). Dans
« cet ordre d'idées, un arrêt de la Cour de Paris du 25 no-
« vembre 1885 (D. 86.2.189) a (comme le jugement rap-
« porté) mis en lumière que, à la différence du droit à la
« mitoyenneté lui-même, qui n'est pas susceptible de
« transcription, la créance du propriétaire auquel l'in-
« demnité est due n'est opposable aux tiers qu'à la condi-
« tion de leur avoir été révélée par la transcription. »

Si, comme l'indiquent Colin et Capitant (t. I, p. 787),
« cette transcription aura pour principale utilité de faire
« connaître au sous acquéreur de l'immeuble, au profit
« duquel la mitoyenneté a été acquise, l'opération d'acqui-
« sition, et notamment, s'il y a lieu, que le prix n'a pas été
« payé », ce n'est pas, comme nous venons de voir, la seule
utilité.

Ainsi que l'indique M. Lalou (*op. cité*), cette transcrip-
tion est indispensable pour rendre opposable au tiers la
créance d'indemnité du propriétaire du mur. Cette ques-
tion sera examinée plus loin.

En outre, il est de l'intérêt de l'acquéreur de la mitoyen-
neté de transcrire l'acte constatant l'acquisition pour la
rendre opposable aux propriétaires successifs de l'im-
meuble voisin duquel a été distrait le mur ou à ceux qui
ont acquis sur lui des droits réels et les ont conservés con-
formément à la loi. Cela suppose que le compte de mitoyen-
neté a été payé.

Comme en matière de vente ordinaire, si entre les
parties la cession de mitoyenneté est parfaite par la seule
convention, à l'égard des tiers, elle ne vaut que par la
transcription conformément à l'article 1^{er} 3^o de la loi du
23 mars 1855. La qualité de tiers est reconnue à l'acqué-
reur de la propriété dont le mur a été rendu mitoyen. Mais,

bien entendu, un tiers acquéreur ne pourra se prévaloir du défaut de transcription qu'à la condition d'avoir rendu publics ses droits conformément à la loi.

Entre deux acquéreurs, l'un de la mitoyenneté d'un mur, l'autre de l'héritage dont le mur a été rendu mitoyen, la loi donne la préférence à celui qui a le premier rendu publique son acquisition en accomplissant les formalités prescrites par la loi.

Cette question s'est rarement posée en jurisprudence. Sa solution a été incidemment indiquée dans un arrêt de la Cour de Paris du 23 janvier 1888 (sous Cass. 10 avril 1889, D. 89.1.321).

Dans cet arrêt, la Cour de Paris a fait observer que c'était à « l'acquéreur de la mitoyenneté qu'incomberait, « s'il y avait lieu, l'obligation de faire transcrire pour « mettre son droit à l'abri des droits prétendus par les « tiers ».

C'est en termes analogues que le jugement précité du Tribunal Civil de la Seine se prononce : « Attendu qu'il « faut voir dans la cession de mitoyenneté une cession de « droits immobiliers, d'où il suit qu'elle doit être traitée « comme une vente immobilière, et qu'en conséquence les « actes qui la constatent doivent être transcrits pour pro- « duire tous leurs effets à l'égard des tiers, conformément « aux prescriptions de la loi du 23 mars 1855. »

Une question similaire se pose pour l'acquéreur de la mitoyenneté à l'égard des créanciers du voisin ayant une hypothèque ou un privilège sur l'immeuble dont le mur a été rendu mitoyen.

Dans ce cas, l'acquéreur de la mitoyenneté ne pourra se dessaisir de l'indemnité entre les mains du maître du mur sans le concours des créanciers inscrits sur la propriété

de ce dernier. Si ces créanciers refusent, trouvant l'indemnité trop faible, la situation apparaît théoriquement insoluble puisque « aucune purge n'est possible faute de
« pouvoir procéder à la vente aux enchères, au profit de
« celui qui acquiert la mitoyenneté d'un mur faisant
« partie d'un bâtiment » (Planiol et Ripert, t. XIII, N° 1214). Ces auteurs ajoutent que « c'est là une situation
« très fâcheuse, parce que l'existence d'hypothèques est
« un fait très général : il serait facile en législation, d'y
« remédier en permettant d'affranchir la mitoyenneté à
« l'aide d'une expertise et en versant le prix d'achat au
« premier créancier inscrit ».

Dans l'état actuel des choses, au cas où les créanciers refusent d'apporter leur concours à un règlement amiable, il n'y aura d'autre solution pratique que de faire valider l'offre d'indemnité à l'égard des différents intéressés par le Tribunal, qui pourra recourir à une expertise, s'il y a lieu.

A défaut par l'acquéreur de prendre ces précautions, il peut être amené à payer deux fois (Planiol et Ripert, t. XII, N° 383), l'acquisition de la mitoyenneté n'étant pas opposable aux créanciers hypothécaires inscrits avant sa transcription (art. 3, loi du 23 mars 1855).

II. — La cession de la mitoyenneté fait naître au profit du vendeur une créance d'indemnité dont le recouvrement est assuré par le privilège de l'article 2103 du Code Civil et l'action résolutoire de l'article 1654 du Code Civil.

Ces garanties sont reconnues par la doctrine (Colin et Capitant, t. I, p. 787. Planiol et Ripert, t. III, N° 317) et la jurisprudence, à plusieurs reprises, s'est prononcée sur leur existence (Trib. Civ. Seine, 25 novembre 1885, D. 86.2.25. Pau, 3 mai 1888, D. 89.2.285. Cass. 10 avril 1889, précité, sol. imp. Bordeaux, 21 avril 1890, D. 922..432.

Trib. Civ. Seine, 5 mars 1892, P. F. 93.2.81 et la note Charmont. Trib. Civ. Seine, 2 février 1937, D. H. 1937.251).

Cette solution n'a été consacrée qu'implicitement par l'arrêt de la Cour de Cassation, précité : « Mais attendu
« que, dans l'espèce, en l'absence de tout contrat intervenu
« entre les parties, la prise de possession de B. n'avait
« pu lui conférer aucun droit à la mitoyenneté, ni en trans-
« mettre aucun à son cessionnaire ; que, par conséquent,
« les époux de M. ne pouvaient avoir été tenus à l'ins-
« cription d'un privilège, aucune mutation de propriété
« ou de droit réel ne s'étant réalisée... »

La question a été nettement posée et tranchée par l'affirmative par le jugement du Tribunal Civil de la Seine du 2 février 1937, en ces termes : « Que Guesdon ne peut
« notamment contester qu'en suite du jugement sus-
« visé du 15 juillet 1932 obtenu par sa mère contre la
« C. I. A. C., la de cujus a fait transcrire son titre le
« 22 octobre suivant assurant ainsi la publicité et la con-
« servation de son privilège qui a fait l'objet de l'inscrip-
« tion d'office précitée. »

Le cédant de la mitoyenneté étant assimilé à un vendeur non payé, il est normal de le faire bénéficier de l'action résolutoire. Le jugement sus-visé a reconnu l'existence de cette dernière : « Attendu que la dame Guesdon n'a pas
« exercé conformément à l'article 717 du Code de Procé-
« dure Civile l'action résolutoire accordée par la loi à ce
« vendeur. »

L'exercice du privilège et de l'action résolutoire est subordonné aux conditions de droit commun en pareille matière.

Nous avons vu qu'il était de l'intérêt de l'acquéreur de faire transcrire son titre en conformité des dispositions de

l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1855, pour pouvoir rendre son acquisition opposable aux tiers. Or, aux termes de l'article 2108 du Code Civil, cette transcription du contrat faite par l'acquéreur vaudra inscription pour le vendeur, cet article imposant, en outre, au conservateur des hypothèques, sous sa propre responsabilité, de prendre d'office inscription pour la sûreté de la créance du vendeur.

Le vendeur n'a donc pas en principe à se préoccuper du sort de sa créance puisque celle-ci se trouve automatiquement garantie par le privilège du vendeur inscrit d'office.

Mais la vente emporte transfert de propriété entre les parties par le seul fait de la convention, aussi le cédant pourra-t-il se trouver dépossédé sans aucun recours au cas d'aliénation de l'immeuble auquel a été incorporé la mitoyenneté du mur, si l'acquéreur n'a pas fait transcrire. Ainsi, il est parfois de son intérêt, soit de faire transcrire lui-même, soit de prendre une inscription puisqu'il est admis que le vendeur peut conserver son privilège par une inscription prise directement (arg. art. 6, al. 2, loi du 23 mars 1855).

La loi n'a fixé aucun délai pour l'inscription du privilège de vendeur, seule une aliénation de l'immeuble grevé et sa transcription peut mettre obstacle à l'inscription. Toutefois, même dans ce cas, si la transcription de la vente assortie du privilège a lieu dans les quarante-cinq jours de l'acte, ce privilège prime le droit de l'acquéreur, même si celui-ci a fait transcrire à l'intérieur de ce délai (art. 6, loi du 23 mars 1855).

D'autre part, s'il s'agit d'expropriation forcée par suite de saisie, en raison de la publicité particulièrement importante donnée à cette sorte de vente, le privilège est perdu

par le défaut de transcription ou d'inscription avant la transcription du jugement d'adjudication.

Quant à l'action résolutoire qui appartient au cédant de la mitoyenneté non payé, depuis la loi du 2 juin 1841, qui a modifié l'article 717 du Code de Procédure Civile, et la loi du 23 mars 1855 (art. 7), elle suit le sort du privilège et disparaît en même temps que lui, ce qui ne veut pas dire cependant que le privilège ne peut pas survivre à l'action résolutoire.

L'application du privilège et de l'action résolutoire à la cession de la mitoyenneté ne va pas, d'ailleurs, sans difficultés sérieuses, en raison de la nature particulière de cette matière.

De droit commun, le privilège permet au créancier qui en a le bénéfice d'exercer un double droit : droit de préférence et droit de suite. Le premier de ces droits permettra au cédant, en cas de vente de l'immeuble auquel a été incorporée la mitoyenneté, de se faire payer sur la partie du prix déterminée par ventilation, qui représente la mitoyenneté vendue. Mais cette partie du prix sera-t-elle égale au montant de l'indemnité fixée par la convention ou par une décision de justice, ou résultera-t-elle d'une estimation faite à la date de la vente de l'immeuble ? Si le temps écoulé entre la date de la convention ou de la décision judiciaire et celle de la vente dont le prix est à distribuer est très court, ou si peu de fluctuations se sont produites dans la valeur des immeubles et de la construction immobilière, il n'y aura aucun inconvénient à prendre le prix fixé dans la convention ou décision de justice, sans avoir recours à une estimation par experts. Mais, dans le cas contraire, il pourra y avoir intérêt à procéder de cette dernière façon.

Il n'est pas possible, en effet, de trouver une solution à cette difficulté, dans la mise aux enchères, de la portion du mur dont la mitoyenneté a été acquise, en raison de la nature de ce droit.

Par son caractère accessoire, il ne saurait faire l'objet d'une acquisition séparée de celle de l'immeuble auquel le mur a été incorporé.

Le droit de suite doit permettre au créancier d'exercer son droit de préférence à l'égard d'un tiers détenteur de l'immeuble, qui n'a pas payé son prix, ou dont le prix n'a pas servi à désintéresser les créanciers inscrits sur l'immeuble.

Le créancier privilégié ou hypothécaire n'ayant pas un droit de créance sur le tiers détenteur, le droit de suite suppose que l'immeuble peut faire l'objet d'une expropriation forcée et être vendu aux enchères. Or, de par sa nature, comme nous l'avons rappelé, le mur mitoyen ne peut être vendu aux enchères indépendamment de l'immeuble auquel il a été incorporé.

L'exercice du droit de suite est donc interdit au cédant de la mitoyenneté non payé, du moins directement. Il ne semble pas possible d'employer la voie détournée, qui consiste à considérer, lorsqu'il s'agit d'un droit qui ne peut être mis aux enchères, une servitude en particulier, que l'aliénation n'est pas opposable aux créanciers inscrits sur l'immeuble grevé de cette charge, et de faire procéder à la vente du gage, comme si la servitude n'existait pas. Cette solution peut être envisagée également pour la cession de mitoyenneté, au profit des créanciers inscrits sur la propriété dont la mitoyenneté d'un mur a été distraite ; la cession de la mitoyenneté ne leur est pas opposable. Mais, il ne peut en être de même du maître du mur, qui entend exercer son privilège à l'encontre d'un tiers déten-

teur. La situation est toute différente, car la cession est valable à son égard puisqu'il y a été partie.

Retenons de ceci que le privilège du cédant de la mitoyenneté est moins étendu que celui d'un vendeur ordinaire.

Mais de ce que le droit de suite ne peut être exercé, il n'en résulte pas que le privilège n'existe pas et ne puisse pas servir d'appui à l'action résolutoire de l'article 1654 C. C.

C'est par la voie détournée de l'action résolutoire (voir note Brésillion sous Cass. 10 avril 1889, précité), que le tiers détenteur pourra être atteint et contraint, soit de délaisser le mur, soit de payer l'indemnité de l'article 661.

Cette action résolutoire sera exercée par le maître du mur, non pas contre le tiers détenteur, mais contre l'acquéreur originaire. La résolution prononcée, le maître du mur, cette fois comme propriétaire et non comme créancier, agira, par la voie de l'action en revendication, contre le tiers détenteur, à moins que celui-ci ne préfère exercer pour son propre compte la faculté de l'article 661 et payer l'indemnité que son auteur n'a pas versée.

Comme l'on voit, les règles de la vente peuvent soulever des difficultés, quant à leur application à la cession de la mitoyenneté, tenant à sa nature particulière, mais elles ne sont nullement inconciliables avec cette matière.

III. — A côté de ces règles de la vente applicables à la cession de la mitoyenneté, il en est une autre, — et c'est en cela que cette opération s'écarte de la vente pour se rapprocher de l'expropriation, — que la jurisprudence semble repousser (Cass. 16 février 1864, D. 64.1.879, S. 64.1.117). Le propriétaire du mur, étant un vendeur, devrait être tenu, envers l'acquéreur, de l'obligation de le garantir contre tout dommage résultant d'un vice de cons-

truction du mur. Or, la Cour de Cassation n'a pas admis cette garantie.

On peut dire, en effet, que la garantie n'est due par le vendeur que lorsqu'il a vendu librement, ce qui n'est pas le cas en matière de cession de mitoyenneté (Colin et Capitant, t. I, p. 787).

Signalons au passage, que de cet arrêt de la Cour de Cassation on a argué pour soutenir que la cession de mitoyenneté n'était pas une vente. La Cour de Cassation a-t-elle voulu donner une solution aussi absolue ou seulement écarter les règles de la vente relatives aux vices cachés ? La question est controversée. En tout cas, la jurisprudence postérieure ne paraît pas avoir consacré une thèse aussi absolue.

Voici, au surplus, en quels termes est conçu l'arrêt précité qu'il est utile de reproduire, en raison des conséquences qui en ont été tirées : « Il résulte des termes mêmes des « articles 1641 et suivants du Code Civil, qui règlent la « garantie à laquelle le vendeur est tenu à raison des vices « cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à « l'usage auquel elle est destinée, que ces articles pris dans « un sens précis et rigoureux, ne sont pas applicables au « cas où le propriétaire, joignant un mur, use de la faculté « de le rendre mitoyen, ouverte à son profit par l'article 661 « du même Code.

« Attendu, d'ailleurs, qu'il ne pourrait y avoir lieu, « dans ce dernier cas, à l'application des articles précités, « même par voie d'induction ou d'analogie, qu'autant que « la faculté exercée, à titre de servitude, par le voisin « contigu contre le maître du mur, pourrait être considérée « comme une vente, telle qu'on l'entend dans les termes « généraux du droit, particulièrement dans ce sens qu'elle

« en réunirait tous les éléments légaux et en offrirait tous
« les caractères, ce qui n'est point ;

« Qu'il est vrai de dire, au contraire, que sous ce rapport,
« elle en diffère essentiellement ; qu'on ne peut mécon-
« naître, en effet, que, tandis que pour la vente, le libre
« consentement est le point de départ obligé et la condi-
« tion fondamentale de la convention, le voisin, au con-
« traire, lorsqu'il s'agit de l'exercice du droit qui lui est
« conféré par l'article 661, C. Nap., peut, par une simple
« manifestation de volonté, avoir péremptoirement raison
« de la résistance du propriétaire du mur, et forcer son
« consentement ;

« Qu'ainsi encore, et à ce même point de vue, il est cons-
« tant que, loin de tomber sous l'application indéfinie et
« absolue des principes généraux et relatifs à la vente
« (Liv. 3, Tit. 6, C. Nap.), les conditions et les conséquences
de la copropriété du mur mitoyen sont, au contraire, en
plus d'un point d'une incontestable gravité, exception-
« nellement réglées par les dispositions particulières et
« spéciales de la section I du chapitre II du même code
« (Titre des servitudes). »

SECTION III

LA CESSION DE MITOYENNETÉ SUPPOSE UN CONTRAT OU UNE DÉCISION JUDICIAIRE

Considérer que la cession de mitoyenneté est une vente avec toutes ses conséquences de droit suppose qu'une convention ou une décision judiciaire ait fixé le montant de l'indemnité. Sans le prix, c'est un élément essentiel de la vente qui fait défaut.

La convention intervenue sera le plus souvent un compte de mitoyenneté dressé par les architectes des parties et signé par chacune d'elles. Nous verrons dans un prochain chapitre les éléments de ce compte.

A défaut de l'établissement d'un compte, ce sera un expert nommé par ordonnance du Président du Tribunal, qui aura été appelé à fixer la valeur de l'emprise. Le rapport homologué par le Tribunal constituera la décision de justice constatant la réalisation de la cession de mitoyenneté.

C'est cette décision de justice ou le compte de mitoyenneté qui devra être transcrit, ou bien en vertu duquel une inscription pourra être prise.

En l'absence d'une convention ou d'une décision de justice constatant cette cession de mitoyenneté, le maître du mur en conserve la propriété (Cass. 10 avril 1889. S. 89.1.404, D. 89.1.371. — Cass. 27 juin 1892, S. 92.1.447, D. 1900.1.229. — Cass. 22 janvier 1900, D. 1900.1.351).

Le fait par le voisin d'avoir adossé des constructions au mur contigu à sa propriété, ne constitue qu'une simple entreprise de fait qui n'emporte nullement acquisition de la mitoyenneté.

C'est en ces termes ou en termes analogues que les arrêts précités se prononcent : « Attendu, lit-on dans l'arrêt du « 22 janvier 1900, que l'adossement d'une construction « sur le mur d'un voisin, ne constitue, en lui-même, qu'une « simple entreprise de fait qui, en dehors de toute convention, n'emporte nullement acquisition de la mitoyenneté ; ... »

Et cet arrêt ajoute : « Mais attendu que la simple prise « de possession par G. n'ayant pu lui créer aucun droit, la « démolition, à défaut de paiement de la valeur de

« la mitoyenneté, devait être ordonnée à sa charge. »

La démolition des constructions adossées au mur est la solution normale pour libérer ce dernier, mais à condition que l'usurpateur, que ce soit celui qui a édifié les constructions ou son successeur, lequel n'a fait que perpétuer l'usurpation, se refuse au paiement de l'indemnité. La faculté d'acquérir la mitoyenneté d'un mur instituée par l'article 661 est, en effet, absolue et peut-être exercée à tout moment, même après qu'une décision de justice ait ordonné la démolition.

C'est dans un but de simplification et par interprétation de la volonté de l'auteur de l'usurpation, que certaines décisions condamnent directement celui qui s'est servi du mur ou un tiers détenteur, au paiement de l'indemnité, plutôt que d'ordonner la démolition des constructions à défaut de paiement (Paris, 14 janvier 1890, D. 90.2.75).

Cette interprétation peut se défendre, car il est certain que celui qui sera menacé d'une éviction par la démolition de ses constructions, préférera payer l'indemnité prévue par l'article 661.

Quant à nous, nos préférences vont à la solution de la démolition, plus juridique. Il est certain, en effet, que le propriétaire du mur ne peut forcer le constructeur à acquérir la mitoyenneté de ce mur, donc lui demander le paiement de l'indemnité. Ce n'est pas lui qui a l'option ; c'est l'auteur de la construction ou ses ayants cause. Le prix de la mitoyenneté n'est pour eux qu'une *facultas solutionis*, s'ils veulent éviter la démolition, ce prix n'est pas *in obligatione*. Le voisin ne peut donc pas, en principe, le leur demander.

A signaler que ces mêmes décisions, qui condamnent un tiers détenteur au paiement, prononcent une condamna-

tion solidaire avec l'usurpateur originaire. Cette solidarité est difficilement explicable, car elle ne peut exister qu'entre débiteurs d'une même dette. Or, il n'est pas douteux que si l'on veut considérer que l'usurpateur a commis un délit ou un quasi-délit civil, justifiant des dommages-intérêts, il est difficile d'étendre ce délit à ses ayants cause, qui ne peuvent être tenus que comme exerçant personnellement l'article 661 pour éviter la démolition des constructions.

La solution énergique, que nous venons d'exposer, doit inciter les acquéreurs d'immeubles, surtout à Paris où au cours de ces dernières années les spéculations ont entraîné des mutations nombreuses, à s'assurer que la mitoyenneté des murs de leur propriété a bien été régulièrement acquise ou que les maisons voisines ont été construites postérieurement à la leur.

Elle est généralement approuvée par les auteurs (Planiol et Ripert, t. III, n° 318. — Note Brésillion au Dalloz sous Cass. 10 avril 1889).

Le maître du mur non payé, conservant la propriété de la partie usurpée, se présentera contre le voisin comme propriétaire et non comme créancier.

Il ne risquera donc pas de se voir opposer le défaut d'inscription d'un privilège et n'aura pas à exercer une action résolutoire, puisque aucune convention ou décision judiciaire ne sera intervenue pour constater la cession de mitoyenneté et pour fixer le montant de l'indemnité due par le cessionnaire.

Cette double solution de l'acquisition subordonnée à une convention ou à une décision judiciaire, à défaut de quoi il n'y a pas acquisition mais usurpation, mérite d'être approuvée car elle se rattache aux principes généraux du droit. Si elle n'est pas unanimement admise par la juris-

prudence actuelle, il y a une tendance très nette dans ce sens, surtout devant le Tribunal Civil de la Seine et la Cour de Paris, qui ont eu à connaître de nombreuses espèces, ces dernières années, par suite de la spéculation immobilière (adde à la jurisprudence déjà citée : Paris, 1^{er} juillet 1930. *Gaz. Pal.* 1930.2.339. — Paris, 23 octobre 1930. *Gaz. Pal.* 1930.2.708).

Voici, au surplus, les considérants essentiels et très intéressants de ce dernier arrêt : « Considérant que le
« Tribunal... a eu tort de placer l'acquisition par S. en 1901,
« motifs pris de ce que c'est à cette date qu'il en a pris
« possession ; qu'en effet l'acquisition de la mitoyenneté
« ne peut résulter que d'un accord des parties, ou, à son
« défaut, du jugement qui en tient lieu et qui remonte
« quant à ses effets au jour de la demande, alors que celui
« qui s'empare du mur d'un édifice préexistant, sans
« s'être entendu avec son voisin, commet une simple voie
« de fait non susceptible de modifier la propriété du mur
« usurpé. »

CHAPITRE IV

DU PRIX D'ACQUISITION DE LA MITOYENNETÉ

La cession de mitoyenneté est assimilée à une vente. Il est donc normal que le prix soit un élément essentiel de l'acquisition. On peut même dire que l'acquisition est subordonnée à la fixation du prix par une convention ou une décision de justice. Nous avons même vu qu'une partie de la jurisprudence et une partie de la doctrine ont subordonné l'acquisition au paiement de ce prix, mais ce n'est pas la tendance dominante actuelle.

Le Code Civil a soumis l'exercice de la faculté établie par l'article 661, au remboursement d'une indemnité, dont il a précisé les bases de calcul.

Aux termes de cet article, cette indemnité à verser au propriétaire du mur, par celui qui le rend mitoyen, comprend « la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de « la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la « valeur du sol sur lequel le mur est bâti. »

SECTION I

A QUEL MOMENT L'INDEMNITÉ DOIT-ELLE ÊTRE CALCULÉE ?

Une vive controverse s'est élevée depuis la guerre sur le point de savoir à quel moment devait être calculée l'indemnité prévue par l'article 661, C. C. : sa valeur est-elle celle

du jour de la construction ou de la prise de possession, ou encore celle du jour de l'acquisition ?

En période normale, quand il n'y a aucune fluctuation dans les prix, la question ne présente pas d'intérêt et il ne peut pas y avoir de litige à son sujet.

Il n'en est pas de même lorsque les prix ne sont pas stables, comme cela s'est produit à la suite de la guerre où la dépréciation de la monnaie a entraîné une hausse des prix. Le problème s'est alors posé.

Le coût de la construction du mur pouvait être sensiblement différent de la valeur de ce mur lors de la prise de possession par le voisin et, surtout, de la valeur au jour de l'acquisition. Il pouvait y avoir dans cette dernière hypothèse, pour les immeubles d'avant-guerre une variation dans le rapport du simple au quintuple ; ainsi les sommes à déboursier par un acquéreur pouvaient être très différentes suivant l'une ou l'autre thèse.

Cette controverse est née du fait que les termes de l'article 661 sont ambigus.

Il y est question de « valeur » et non de « coût » ou « dépense », de « remboursement » et non de « paiement », sans préciser à quel moment on devait se placer pour le calcul de cette valeur.

En faveur de la thèse de la valeur au jour de la construction, on a invoqué un argument de texte : l'article 661 emploie le mot « remboursement » qui suppose que l'on rend une somme déboursée ; cette somme déboursée ne peut être que la dépense.

Mais alors, le Code n'aurait pas dû employer le mot « valeur », mais le mot « coût » ; d'autre part, pourquoi le législateur aurait-il employé une formule différente dans

l'article 660 et dans l'article 661, si on doit donner le même sens aux termes de ces deux articles ?

L'article 660, parle, au cas d'exhaussement, de « paiement de la moitié de la dépense qu'il a coûté ».

« Remboursement de la valeur » équivaldrait donc à « paiement de la moitié de la dépense qu'il a coûté ».

Par ailleurs, MM. Guillemot-Saint Vinebault, Bécot et Leroux dans leur « *Manuel Juridique de la Propriété Bâtie* », ont soutenu que « l'on se trouve en présence d'une « expression impropre du législateur dont l'intention était « d'indiquer dans l'article 660 comme dans l'article 661 un « paiement. En réalité, en cette matière, le Code Civil a « purement et simplement reproduit les anciennes coutumes, notamment celle de Paris, dont le célèbre commentateur Pothier a précisé au sujet du prix d'acquisition qu'il devait être fixé au jour de la vente ; Société « n° 254. »

En faveur de l'évaluation au jour de l'acquisition, on invoque aussi le principe que le prix de toute chose vendue se fixe au jour de la vente et qu'aucune raison d'ordre juridique ne permet en la circonstance de déroger à ce principe.

Pour ceux qui sont partisans du système que nous avons combattu, qui consiste à faire remonter l'acquisition au jour de la prise de possession, il est normal que le prix soit fixé au moment de cette prise de possession.

La jurisprudence a finalement consacré la thèse du remboursement de la valeur du mur au jour de l'acquisition, écartant celles du coût de la construction et de la prise de possession (Paris, 1^{er} juillet 1930, *Gaz. Pal.* 1930.2.339. — Paris, 23 octobre 1930, *Gaz. Pal.* 1930.2.708 et les références citées sous ces arrêts).

Voici en quels termes la Cour de Paris se prononce, dans le premier de ces arrêts, qu'il est intéressant de reproduire, car il écarte les systèmes de l'acquisition remontant au jour de la prise de possession ou au jour du remboursement effectif de l'indemnité : « Considérant qu'il faut se reporter
« pour l'évaluation du prix de la mitoyenneté à la date où
« elle a été acquise ; que cette date ne résulte pas du seul
« fait matériel de la prise de possession, ni seulement d'un
« remboursement effectif de la moitié de sa valeur ; qu'elle
« ne peut être que le résultat d'un accord sur la chose et sur
« le prix dont il s'agit de rechercher sa date en l'espèce. »

Dans son arrêt du 23 octobre 1930, la Cour de Paris tranche la question dans le même sens : « Considérant que le
« Tribunal a décidé à bon droit qu'il faut se placer à la date
« de l'acquisition de la mitoyenneté pour déterminer la
« valeur du mur que l'on veut rendre mitoyen ; mais qu'il a
« eu tort de placer l'acquisition par S. en 1901, motifs pris
« de ce que c'est à cette date qu'il en a pris possession ;
« qu'en effet l'acquisition de la mitoyenneté ne peut résul-
« ter que d'un accord des parties, ou, à son défaut, du juge-
« ment qui en tient lieu et qui remonte quant à ses effets au
« jour de la demande, alors que celui qui s'empare du mur
« d'un édifice préexistant, sans s'être entendu avec son
« voisin, commet une simple voie de fait non susceptible de
« modifier la propriété du mur usurpé. »

La jurisprudence antérieure à 1914 s'était déjà fixée dans le même sens (Aix, 22 novembre 1866, S. 67.2.264, D. 67.2.296. — Trib. Civ. Seine, 10 novembre 1913, la Loi, 25 janvier 1914), en plein accord avec la doctrine (Baudry-Lacantinerie, t. I, p. 935. — Planiol et Ripert, t. III, n° 315).

Si l'on peut considérer l'article 660 comme une applica-

tion de l'article 661, notamment au point de vue de la nature juridique de l'opération d'acquisition, il n'en demeure pas moins que le législateur a établi une différence importante pour le calcul de l'indemnité suivant qu'il s'agit de l'acquisition de l'exhaussement d'un mur mitoyen ou de l'acquisition d'un mur privatif.

Alors que dans le second cas, c'est la valeur du mur au jour de l'acquisition qui doit être prise en considération, dans le cas de l'exhaussement le voisin doit payer la moitié de la dépense qu'il a coûté.

Pour ceux qui admettent que la différence dans la rédaction des articles 660 et 661, ne procède pas d'une erreur, mais de la volonté délibérée du législateur, cette différence s'explique par le désir d'éviter que l'acquéreur, ayant laissé au voisin la charge d'un exhaussement auquel il avait lui-même intérêt ne bénéficie de la différence entre le coût de l'exhaussement et sa valeur au moment de l'acquisition (Planiol et Ripert, t. III, n° 315).

Cette explication est plausible, mais pas péremptoire, et, si l'on tient compte des événements récents, ce calcul s'est avéré faux, l'acquéreur ayant intérêt, au contraire, à payer le coût du mur au lieu de sa valeur au jour de l'acquisition, par suite de la dépréciation de la monnaie et de la hausse des prix qui en a été la conséquence.

Néanmoins, cette distinction mérite de ne pas être ignorée, car elle est d'une application fréquente en pratique, surtout à Paris et dans les grandes villes, où la clôture est obligatoire aux termes de l'article 663, les architectes ayant tendance à établir le compte de mitoyenneté dans les termes de l'article 661, sans distinguer s'il s'agit d'un exhaussement ou d'un mur privatif. Leur tendance devrait être en sens contraire, puisque la clôture est obligatoire et

que le mur ne peut provenir que de l'exhaussement de cette clôture.

Il est possible, qu'en fait, le mur de clôture soit insuffisant pour supporter l'exhaussement et que sa démolition s'impose ; il n'en subsiste pas moins que ce sont les règles de l'exhaussement qui sont applicables, en particulier l'article 659 relatif à la reconstruction, et l'article 660, fixant l'indemnité.

Selon nous, chaque fois que le mur se trouve élevé à cheval sur la ligne séparative et non à l'intérieur d'une seule propriété, il y a lieu à application de l'article 660, et non de l'article 661.

La Cour de Cassation a eu à faire cette distinction dans un arrêt du 22 décembre 1924 (*Gaz. Pal.*, 1925.1.264. — D. H. 1925.101). Il s'agissait, dans l'espèce soumise, de l'exhaussement d'un mur mitoyen, et la Cour de Grenoble, dans un arrêt du 17 décembre 1920, avait appliqué l'article 661 au lieu de l'article 660, pour la fixation de l'indemnité. Cet arrêt a été cassé par la Cour de Cassation, « attendu qu'en statuant ainsi et en appliquant à l'espèce les « dispositions de l'article 661, C. C., qui ne vise que le cas « d'acquisition de la mitoyenneté d'un mur de séparation « privatif dans toutes ses parties ; l'arrêt attaqué a violé le « texte sus-visé ».

La Cour de Paris a eu également à statuer sur cette question. Elle l'a fait dans le même sens, mais en des termes moins heureux, sans viser expressément l'article 660, C. C. (Paris, 17 décembre 1926).

SECTION II

ÉLÉMENTS ENTRANT DANS LE CALCUL DU PRIX D'ACQUISITION

L'article 661, C. C., précise que le remboursement porte sur la moitié de la valeur du mur ou moitié de la valeur de la portion que le propriétaire voisin veut rendre mitoyenne et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti.

Le calcul de l'indemnité ainsi prévu donne lieu à l'établissement d'un compte de mitoyenneté dressé par l'architecte du maître du mur et approuvé par celui de l'acquéreur. A défaut d'accord amiable, il y a lieu à nomination d'un expert qui dressera un compte sous le contrôle du Tribunal.

La valeur du mur ou de la portion de mur acquise est calculée sur la base de la série des prix des matériaux et de la main-d'œuvre, au moment de l'acquisition, avec le rabais d'usage.

En outre, pour tenir compte de l'état du mur et de son âge, cette estimation est réduite suivant un certain coefficient de vétusté qui, d'après certains auteurs (Guillemot-Saint, Vinebault, p. 167) est de 1 p. 100 par année d'âge du mur, et suivant d'autres auteurs (Barberot, n° 377) « de
« 10 p. 100, si le mur est construit depuis plus de dix ans,
« quoique bien conservé en apparence ; de 20 p. 100, si le
« mur est construit depuis plus de vingt années, quoique
« assez bien conservé en apparence ; de 30 p. 100, si le mur
« est construit depuis plus de trente années, et ne présente
« sur ses parois que des traces légères de défectuosités.
« Au delà de trente ans, l'usage ne consacre rien ; il faut

« donc procéder selon le temps que peut durer encore le
« mur ».

Il n'y a pas de règle absolue et les Tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation.

Il en est de même des honoraires d'architectes, qu'il est d'usage d'ajouter à la valeur du mur, et des frais d'établissement de compte (Trib. Civ. Seine, 4 mars 1925, *Rec. Jurid.*, mai 1925).

Dans le cas où une partie du mur seulement a été rendue mitoyenne, il est d'usage de fixer l'indemnité en tenant compte de l'emprise faite, mais aussi de chaque côté de l'emprise, d'un espace de 0 m. 33, dénommé pied d'aile. Cet espace est réduit de moitié horizontalement ou en oblique à moins de 45°.

Il en est ainsi dans le cas d'achat de mitoyenneté pour adosser des conduits de fumée.

Qu'il s'agisse d'une acquisition totale ou partielle de la mitoyenneté d'un mur, la valeur des fondations doit être comprise dans le montant de l'indemnité.

Certains tribunaux, au lieu de déterminer le montant de l'indemnité en fonction de la valeur réelle calculée d'après la série des prix avec les rabais, comme nous l'avons indiqué, ont pris comme base de calcul, la valeur vénale, c'est-à-dire, en tenant compte de la loi de l'offre et de la demande (Bordeaux, 9 mai 1923, *Journal Arr.*, Bordeaux, 1923, p. 295).

Les décisions de cette nature ne paraissent pas avoir fait jurisprudence.

C'est ainsi que la Cour de Douai (8 janvier 1925, *Rec. Jurid.*, avril 1925) a décidé que « la valeur de la moitié du
« mur, que l'acquéreur de la mitoyenneté doit rembourser
« au propriétaire du mur, doit se déterminer en estimant

« le prix des matériaux et de la main-d'œuvre à la date du
« remboursement et sous déduction d'un coefficient de
« vétusté raisonnablement appliqué ; mais il n'y a pas lieu,
« pour établir cette valeur, de prendre en considération la
« valeur vénale du mur ».

Outre le remboursement de la moitié de la valeur du mur qui fait l'objet de l'emprise, il y a lieu au paiement de la moitié de la valeur du terrain sur lequel le mur est construit. Pour le terrain, il ne peut s'agir évidemment que de sa valeur vénale.

Cette question du calcul de l'indemnité et des éléments devant entrer en ligne de compte, a fait naître un certain nombre de difficultés.

Citons le cas, par exemple, du mur construit en matériaux d'une valeur exceptionnelle. L'opinion, qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence, est de considérer que l'acquéreur doit payer la moitié de la valeur réelle du mur, même s'il est construit en matériaux plus chers que ceux généralement utilisés, pour une construction analogue (Aix, 22 novembre 1866, S. 67.2.264 et les auteurs cités ; adde Guillemot-Saint, Vinebault, p. 168).

Plus intéressante, toutefois, est la question de savoir comment doit être calculée l'indemnité à payer au propriétaire du mur par le voisin acquéreur de la partie basse de ce mur.

Il s'agit d'une hypothèse très fréquente, puisqu'elle se trouve réalisée lors de l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur jusqu'à hauteur de clôture légale ou chaque fois que le bâtiment adossé est moins élevé que la construction existante.

Dans un tel cas, l'acquéreur de la mitoyenneté est-il en droit de déduire, de la valeur de la portion acquise déter-

minée par application des règles exposées ci-dessus, une indemnité de surcharge due par le vendeur ?

Nous verrons, en effet, dans notre troisième partie, que le voisin, qui procède à l'exhaussement d'un mur mitoyen, doit payer à l'autre copropriétaire une indemnité en raison de la charge que cet exhaussement fera supporter au mur primitif et susceptible de réduire sa durée. Le paiement de cette indemnité est expressément prévu par l'article 658 C. C.

Or, si l'on rapproche de cette dernière hypothèse celle qui nous occupe présentement, on voit qu'elles aboutissent au même résultat : l'établissement d'un mur, mitoyen dans sa partie basse, privatif pour le surplus.

Aussi, ne doit-on pas s'étonner que cette situation identique dans les deux cas ait conduit certains auteurs (Aubry et Rau, t. II, § 222. Demolombe, t. XI, n° 364) et des Tribunaux (Trib. Civ. Seine, 28 janvier 1901, *Gaz. Trib.*, 15 avril 1901. Montpellier, 8 mars 1876, S. 77.2.177) à appliquer par analogie l'article 658 qui vise l'exhaussement à l'acquisition de la partie basse d'un mur construit d'un seul jet.

C'est ainsi que Baudry-Lacantinerie et Chauveau (n° 957) écrivent : « En cas d'acquisition partielle en hauteur, lorsqu'il s'agira d'évaluer la partie du mur cédée, on devra tenir compte de la surcharge que la partie supérieure et non mitoyenne imposera à la partie acquise pour réduire la valeur brute de cette portion. »

On peut se demander si cette thèse est bien exacte. Pour notre part, nous ne le croyons pas.

Que dit, en effet, l'article 658 que l'on applique par analogie ? Aux termes de cet article : « Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen, mais il doit payer

« seul la dépense d'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de clôture commune, et
« en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur. »

Ce texte vise une opération juridique tout à fait différente de celle de l'acquisition d'une partie d'un mur mitoyen. La situation créée par les deux opérations est évidemment identique, mais est-ce qu'on applique les mêmes règles au contrat par lequel un particulier fait construire un immeuble par un entrepreneur et à celui par lequel ce même particulier achète un immeuble. Non, et pourtant, on arrive dans les deux cas au même résultat : la propriété d'un immeuble par ce particulier.

L'argument d'analogie ne nous paraît donc pas suffisant pour justifier la solution donnée ci-dessus.

Mais l'esprit même dans lequel a été conçu l'article 658 C. C. est un obstacle au rapprochement effectué. Lorsqu'il s'agit de l'exhaussement d'un mur mitoyen, son auteur en est le seul bénéficiaire. Il est donc normal qu'il indemnise l'autre copropriétaire de tout préjudice qui peut résulter pour lui de l'exhaussement, notamment de l'augmentation des dépenses d'entretien qui sont la conséquence d'une réduction de la durée du mur surhaussé. L'indemnité de surcharge a pour objet de compenser cette dépense supplémentaire.

Rien de comparable dans le cas de l'acquisition de la partie basse d'un mur d'un seul jet. Ce n'est pas cette acquisition qui aura une influence sur la durée du mur, donc sur sa valeur.

Aussi, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de déduire une indemnité de surcharge du prix de la partie du mur cédée, lequel est fonction de sa durée probable (voir en ce

sens Guillemot-Saint, Vinebault, Becot et Leroux, p. 125 et suivantes, les auteurs et la jurisprudence cités).

Au surplus, étant donné le mode de calcul adopté pour la fixation de l'indemnité de surcharge prévue par l'article 658, cette indemnité pourrait être supérieure à la valeur de la partie acquise. Le rappel de cette conséquence constitue la meilleure condamnation de la solution d'analogie.

CHAPITRE V

LA PRESCRIPTION : MODE D'ACQUISITION DE LA MITOYENNETÉ

Le mode normal d'acquisition de la mitoyenneté est celui prévu par l'article 661 du Code Civil, autrement dit la cession moyennant le paiement d'une indemnité, opération assimilée à une vente.

Mais l'acquisition de la mitoyenneté faisant naître un régime de copropriété avec le voisin, on peut se demander, si en dehors du mode normal que constitue le contrat, il n'y en a pas d'autres parmi ceux qu'énumère le Code Civil, dans les articles 711 et 712.

En tant que certains de ces modes d'acquisition supposent une manifestation de volonté, comme le testament et la donation, ce sont les règles des contrats qui s'appliquent, aussi est-il inutile de les examiner, d'autant que la pratique n'a eu nullement à en connaître.

De l'occupation, il est difficile de concevoir un cas d'application dans le droit moderne, puisqu'il n'y a pas de biens sans maître. En tout cas, lorsqu'il s'agit de la mitoyenneté d'un mur, on saurait y voir un mode d'acquisition.

De même, le domaine d'application de la théorie de l'accession est fermé à la mitoyenneté.

Reste donc la prescription.

Nous avons vu que la possession, tout au moins dans la tendance dominante en doctrine et en jurisprudence,

n'emportait pas transfert de propriété du mur, objet de l'emprise de celui qui veut acquérir.

Toutefois, si la prise de possession n'emporte aucun droit de propriété, elle présente l'avantage pour son auteur, au bout d'un an et un jour, de pouvoir se présenter comme propriétaire et d'obliger celui qui conteste ce droit de prouver la non-propriété. Ce dernier doit agir au pétitoire ; il ne peut se prévaloir des actions possessoires.

D'autre part, cette possession, si elle se prolonge pendant un certain temps, peut faire acquérir la mitoyenneté ou la propriété privative du mur par usucapion.

La question de savoir si on peut ou non acquérir la mitoyenneté par prescription est cependant controversée.

Dans un premier système, on a soutenu que la mitoyenneté étant un acte de pure faculté ne peut s'acquérir par ce mode. En effet, l'article 2232, C. C., stipule que : « Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession, ni prescription. »

Mais ce texte ne peut s'appliquer à l'espèce, car la faculté établie par l'article 661 est celle d'acquérir et non celle de se servir du mur du voisin.

Aussi, un système plus généralement suivi, tant en doctrine qu'en jurisprudence, admet la prescription comme mode d'acquisition de la mitoyenneté régime de copropriété (Planiol et Ripert, t. III, n° 300 ; — Colein et Capitant, t. I, p. 781. — Rouen, 31 août 1867, S. 68.2.215. — Lyon, 31 octobre 1911, la loi, 6 février 1912).

Voici en quels termes se prononce la Cour de Rouen : « Attendu que ces faits ont eu une durée de plus de trente années avant l'action ; qu'après un pareil intervalle de temps, la possession a fait acquérir la prescription de la mitoyenneté (art. 2262, C. Nap.) ».

D'ailleurs, l'article 666, C. C., modifié par la loi du 20 août 1880, consacre expressément la prescription comme mode d'acquisition de la mitoyenneté pour les clôtures.

Il faut appliquer les règles générales qui gouvernent la prescription, notamment celles établies par l'article 2229, C. C., aux termes duquel : « Pour pouvoir prescrire, il « faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire. »

Il faut des actes ou entreprises impliquant l'existence de la mitoyenneté et répondant aux règles ci-dessus, et continués pendant trente années, sans interruption ni suspension.

La jurisprudence a eu à se prononcer sur ces actes multiples susceptibles de donner à la possession les caractères prévus par le Code pour servir de base à la prescription.

C'est ainsi qu'elle a considéré comme susceptible de faire acquérir la mitoyenneté par prescription :

— la pose d'un enduit sur un mur (Trib. Civ. Seine, 6 mars 1908, D. 1908.5.56) ;

— la réparation du mur pendant plus de trente ans au vu du propriétaire (Cass., 8 novembre 1905, D. 1906.1.152) ;

— l'existence d'entailles régulières percées dans les pièces d'étages (Rouen, 31 août 1867, S. 67.2.215).

Le délai normal pour prescrire est celui de trente ans fixé par l'article 2262, C. C.

Peut-on acquérir par la prescription de dix ans, accompagnée d'un juste titre et de la bonne foi ?

La question a été résolue par la négative par la Cour de Cassation (10 juillet 1865, S. 65.1.341).

« Attendu, lit-on, dans cet arrêt, en effet, que la prescription de dix ans doit avoir pour fondement un titre « translatif de la propriété de l'immeuble que l'on pré-

« tend avoir acquis conformément à l'article 2265, C. C...

« ... Que l'on ne saurait admettre que les demandeurs
« puissent invoquer la prescription décennale à défaut
« de la présomption légale de la mitoyenneté qui n'existe
« pas dans l'espèce, et que, d'autre part, il leur soit permis
« de suppléer au silence de leur prétendu titre par la pré-
« somption légale de mitoyenneté, qu'ils ont implicite-
« ment reconnue ne pouvoir être appliquée à la cause. »

Cependant la plupart des auteurs admettent, en principe, que la prescription abrégée peut jouer (Planiol et Ripert, t. III, n° 300).

Pour en terminer avec l'étude de cette question, il n'est pas inutile de rappeler que si la mitoyenneté peut être acquise par usucapion, de même la propriété privative d'un mur mitoyen peut l'être par ce même mode ; en doctrine (Colin et Capitant, t. I, p. 781), et en jurisprudence (Pau, 18 août 1834, Masselin, p. 111).

D'autre part, il ne faut évidemment pas confondre l'usucapion, mode d'acquisition de la propriété, avec la prescription libératoire, mode d'extinction des obligations. Le propriétaire qui a cédé la mitoyenneté de son mur perd toute action en paiement du prix, s'il n'a pas agi dans les trente ans de la date de la cession.

Les deux délais de trente ans de l'usucapion et de la prescription libératoire peuvent courir en même temps, mais il peut en être différemment si la date de la prise de possession ne se confond pas avec celle de l'acte d'acquisition.

Sur ce terrain de la prescription, on doit signaler également que le droit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur ne se prescrit pas ; il s'agit, en effet, plus d'une faculté légale que d'une véritable action.

TROISIÈME PARTIE

LA MITOYENNETÉ EST UNE COPROPRIÉTÉ

La mitoyenneté est une servitude, en ce sens que le propriétaire, qui a fait construire un mur à la limite de son fonds, ne peut refuser au voisin de lui en céder la mitoyenneté.

L'acquisition constitue l'exercice de cette servitude. Elle a pour conséquence de faire disparaître cette dernière pour y substituer un régime de copropriété (Cass., 1^{er} juillet 1861, D. 62.1.130).

La mitoyenneté peut, en effet, être considérée comme une copropriété.

Les auteurs ont même tendance à s'attacher à ce dernier caractère, pour la définir. C'est ainsi que Baudry-Lacantinerie (t. I, n^o 1700) en donne la définition suivante : « une communauté avec indivision forcée ».

Mais il s'agit d'une copropriété d'une nature spéciale : elle est forcée et, comme nous l'avons dit au début de notre étude, aucun des voisins ne peut demander qu'il y soit mis fin par un partage.

On doit écarter une croyance assez répandue, qui fait de la mitoyenneté, non une copropriété forcée, mais une double propriété indépendante séparée par l'axe du mur. La réalité est différente, le mur appartient indivisément aux deux propriétaires.

Lorsque nous étudierons les droits qui appartiennent à chacun des voisins, cette distinction apparaîtra nettement.

De ce qu'il s'agit d'une copropriété, les deux propriétaires ont des droits égaux et ils peuvent se servir du mur comme bien leur appartenant en propre, pour leur usage personnel, à condition, toutefois, de ne rien faire qui puisse préjudicier à l'autre ou gêner l'exercice de son droit concurrent.

Comme contre-partie de ces droits, il existe à la charge de chacun des copropriétaires, un certain nombre d'obligations.

Droits et obligations sont fixés par les articles 655 et suivants du Code Civil. Ils feront l'objet des deux premiers chapitres de cette troisième partie.

Dans un autre chapitre, nous examinerons à quelles conditions, un copropriétaire peut échapper aux charges lui incombant aux termes de la loi.

Il y aura lieu ensuite d'établir comment se prouve la mitoyenneté considérée comme une copropriété.

Enfin, pour terminer, nous comparerons la mitoyenneté à la copropriété des immeubles par appartements.

CHAPITRE PREMIER

DES DROITS QUE CONFÈRE LA MITOYENNETÉ

Les droits que confère la mitoyenneté sont moins étendus que ceux attachés à la propriété ordinaire. Il faut tenir compte de l'existence d'une réciprocité entre les voisins, qui fait que les droits de l'un ont pour limite les droits identiques appartenant à l'autre sur la même chose.

Par contre, ces droits ne sont pas ceux non plus d'une copropriété ordinaire. Ils sont plus étendus, ce qui s'explique facilement.

La copropriété ordinaire est un état temporaire, auquel il peut être mis fin par la volonté d'un seul des communistes. Aussi, les inconvénients qui résultent d'une restriction des droits dans la copropriété ordinaire, sont-ils moins graves qu'en matière de mitoyenneté, laquelle crée une situation permanente qui ne peut supporter les mêmes entraves.

Voici, d'ailleurs, ce que dit Demolombe (t. **XI**, 396), sur cette question : « La règle est que chacun des copropriétaires peut se servir du mur pour les usages auxquels il est destiné par sa nature, sous la double condition : « 1° de ne pas nuire à son copropriétaire et de ne pas « empêcher son droit égal et réciproque ; 2° de faire les « ouvrages nécessaires pour ne pas dégrader le mur ou « en compromettre la solidité. »

« Cette règle, d'ailleurs, est celle qui détermine, en géné-

« ral, les droits des copropriétaires d'une chose com-
« mune ; il y a, toutefois, dans la mitoyenneté, ceci de
« spécial que chacun des copropriétaires, pour se servir
« du mur, peut y pratiquer des innovations, sans le con-
« sentement du voisin et malgré son opposition, en obser-
« vant, d'ailleurs, les conditions déterminées par la loi
« (art. 662) ; tandis que dans la communauté ordinaire,
« on applique la maxime — *melior est causa prohibentis*
« — et l'un des communistes ne peut pas faire de change-
« ments sur la chose commune sans le consentement des
« autres ».

SECTION I

DROIT D'ADOSSEMENT DES CONSTRUCTIONS CONTRE LE MUR MITOYEN

Ce droit constitue un des avantages essentiels de l'ins-
titution, surtout dans les villes où les raisons d'économie
et d'hygiène commandent de construire les immeubles
accolés les uns aux autres, sans espace intermédiaire. Le
plus souvent, c'est, en effet, pour bâtir que l'un des voisins
a acheté la mitoyenneté d'un mur ; aussi cet usage est
conforme à sa nature.

Le droit de construire est consacré par l'article 657 C. C.,
qui dit : « Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un
« mur mitoyen et y faire placer des poutres ou solives
« dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante quatre mil-
« limètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit
« qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre
« jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait
« lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y
« adosser une cheminée. »

Cet article ne précise pas la nature des constructions qui peuvent être édifiées. La liberté du constructeur est donc entière.

Mais l'adossement d'une construction à une autre suppose certains travaux destinés, en liant les deux constructions, à leur donner une solidité plus grande.

Ce sont ces ouvrages que l'article 657 C. C. prévoit, en indiquant les règles auxquelles ils sont soumis dans l'intérêt du voisin.

Pour les poutres et solives, cet article permet de les placer dans toute l'épaisseur du mur, à 54 millimètres près. Ce petit espace doit être ménagé pour qu'il soit possible de mettre un enduit sur l'extrémité de la poutre.

Le Code Civil diffère sur ce point de la Coutume de Paris (art. 208), qui disposait que les poutres ne pouvaient être placées que jusqu'à l'axe du mur.

Toutefois, les rédacteurs du Code Civil se sont inspirés de cette règle pour autoriser le voisin à faire réduire la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même y placer une poutre, ou y adosser une cheminée. Dans ce dernier cas, cette réduction s'impose, car la poutre ne serait pas suffisamment protégée contre le feu par les deux pouces d'enduit recouvrant son extrémité.

Mais, évidemment, ce même risque n'existe pas pour les poutres en fer, on peut donc se demander si cette obligation subsiste à leur égard.

En présence du texte formel de l'article 657, il est difficile de l'écartier.

La question se pose alors de savoir si l'on peut ou non placer des poutres en fer, qui sont d'un usage fréquent dans la construction moderne, dans toute l'épaisseur du mur.

De l'impossibilité de les réduire dans les mêmes conditions que les poutres en bois, on en tire la conséquence que la tolérance de l'article 657 leur est inapplicable, elles ne doivent donc être placées que jusqu'à la moitié de l'épaisseur du mur.

Le législateur, tout en autorisant ces différents travaux, prescrit (art. 662) que : « L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. »

Ces précautions apparaissent utiles. Il ne faut pas, en effet, que l'un des copropriétaires, sous le prétexte de faire du mur un usage conforme à sa destination, puisse nuire aux droits de l'autre ou compromettre la solidité du mur. C'est pour permettre au voisin d'apprécier les travaux envisagés que le Code oblige celui qui veut les faire à obtenir son accord. Mais il ne faut pas non plus que son refus constitue un obstacle insurmontable à l'exécution des travaux prévus, si ceux-ci ne peuvent lui nuire ; aussi, à défaut de ce consentement, il suffira au voisin qui entend prendre l'initiative des travaux de faire régler par experts les moyens à employer pour sauvegarder dans la mesure du possible les droits de l'autre propriétaire.

La liste des ouvrages que peut effectuer un copropriétaire est-elle limitative ?

Ce point est controversé tant en doctrine qu'en jurisprudence.

L'inobservation des formalités de l'article 662, c'est-à-dire, le défaut de consentement du voisin ou d'interven-

tion d'experts, n'a pas comme sanction obligatoire la démolition des constructions faites à tort.

Un tribunal pourra se refuser à ordonner cette démolition, si ces constructions ne sont pas nuisibles aux droits du voisin.

C'est ainsi que la Cour de Cassation (18 janvier 1899, D. 99.1.279, S. 99.1.268, 30 avril 1928, D. II. 1928.325), considérant que l'article 662 ne prescrit pas la destruction des travaux exécutés par l'un des copropriétaires d'un mur mitoyen dans ce mur, sans s'être conformé aux dispositions de cet article, laisse à l'appréciation des tribunaux la sanction des infractions commises.

SECTION II

DROIT D'EXHAUSSER LE MUR MITOYEN

Le droit d'exhausser le mur mitoyen, qui appartient à chaque copropriétaire, est le complément nécessaire de celui d'y adosser des constructions.

Il donne à ce dernier toute son utilité. Il ne servirait, en effet, à rien d'autoriser un des voisins à s'appuyer contre le mur mitoyen, s'il doit limiter ses constructions à la hauteur et à la configuration de celles de l'autre copropriétaire. Tel possède une construction d'un étage, mais d'une grande superficie, alors que son voisin a l'intention de construire plusieurs étages sur une faible surface. La disposition du terrain aura pu inciter le propriétaire originaire du mur à mettre à tel endroit une cour, séparée de la propriété voisine par un mur de clôture, où l'autre devra mettre en regard une construction.

Au surplus, la succession des textes dans le Code Civil

montre le lien étroit qui existe entre le droit d'adosser et celui d'exhausser. Alors que l'article 657 consacre le premier, le second résulte des articles 658 et suivants.

Aux termes de l'article 658 : « Tout copropriétaire peut
« faire exhausser le mur mitoyen ; mais il doit payer seul
« la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entre-
« tien au-dessus de la hauteur de clôture commune, et
« en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaus-
« sement et suivant sa valeur. »

Cet article, de même que l'article 659, a son origine dans la Coutume de Paris : « Il est loisible, lit-on, dans
« l'article 195, à un voisin de hausser à ses dépens le mur
« mitoyen d'entre lui et son voisin, si haut que bon lui
« semble, sans le consentement de son voisin, s'il n'y a
« titre au contraire, en payant les charges ; pourvu toute-
« fois que le mur soit suffisant pour porter le surhausse-
« ment ; et s'il n'est pas suffisant, il faut que celui qui
« veut rehausser, le fasse fortifier, et il doit prendre la
« plus forte épaisseur de son côté. »

§ 1. — *Quels sont les frais ou indemnités
que doit supporter l'auteur de l'exhaussement ?*

L'exhaussement profitant seulement à celui qui le fait pratiquer, tout au moins à l'origine, sous réserve, en effet, de l'application de l'article 660, dont nous avons déjà parlé, il est normal que le législateur ait mis à sa charge un certain nombre d'obligations auxquelles l'autre copropriétaire échappe.

De ces obligations, les unes doivent recevoir leur exécution lors de l'exhaussement, les autres, au contraire, en sont la conséquence.

C'est ainsi, comme il résulte de l'article 658, que la dépense de l'exhaussement incombe à son auteur. Et, dans l'esprit du texte, il faut entendre non seulement le coût même de la construction du mur, mais les frais accessoires qui en sont la cause directe, par exemple, les frais d'étalement et de déplacement de hangars, appuyés ou adossés au mur mitoyen (R. D., Servitudes, n° 375).

En plus de ces dépenses qui restent à sa charge, le copropriétaire qui procède à l'exhaussement doit payer à son voisin une indemnité dite « de surcharge », en raison de l'accroissement de poids « que doit supporter le mur originaire » susceptible de réduire sa durée, et, en tout cas, rend son entretien plus onéreux. Il est donc normal que ce voisin qui risque de subir dans l'avenir un préjudice du fait de l'exhaussement, reçoive une indemnité.

Voici en quels termes, la Société Centrale du Bâtiment, dans son *Manuel des lois du bâtiment*, définit la surcharge :
« L'indemnité de la charge est motivée par le dommage
« que cause au mur mitoyen l'exhaussement qui est pré-
« sumé devoir en abrégé la durée par son poids. »

Pour le calcul de cette indemnité, l'article 658 C. C. indique qu'il doit être tenu compte de la valeur de l'exhaussement.

Baudry-Lacantinerie (t. I, p. 938) s'exprime ainsi sur ce point : « Ces derniers mots — suivant la valeur — signifient :
« suivant la valeur de l'exhaussement. La loi a supposé, ce
« qui sera vrai le plus souvent, que la valeur de l'exhausse-
« ment est en rapport direct avec un poids et elle a voulu
« dire que l'indemnité à payer au voisin est proportionnelle
« à la surcharge imposée au mur, c'est-à-dire au poids de
« l'exhaussement. »

Aussi, « l'emploi de matériaux vieux en surélévation sur

« le mur neuf ne saurait motiver une diminution du montant de l'indemnité, puisque la surcharge du mur inférieur ne dépend pas de la valeur marchande des matériaux employés à l'exhaussement, mais bien de leur poids intrinsèque qui est présumé en abrégier la durée (E. Saint-Père). » (Barberot, n° 332.)

La Coutume de Paris (art. 197) fixait l'indemnité de surcharge à un sixième de la valeur de l'exhaussement.

Comme nous venons de le voir, le Code Civil n'a pas reproduit cette disposition. Il est d'usage dans la pratique d'adopter le dixième ou le douzième, le rapport du sixième s'étant avéré trop élevé. Toutefois, les Tribunaux ont sur ce point un pouvoir souverain d'appréciation qui leur est reconnu par la Cour de Cassation (Cass., 2 juillet 1895, *Gaz. Pal.* 95.2.277).

C'est en vertu de ce pouvoir souverain d'appréciation, qu'un Tribunal peut, eu égard aux circonstances de fait, décider qu'aucun droit additionnel de surcharge n'est dû, en déclarant en fait que, d'après la manière dont l'exhaussement est établi, la solidité et la durée des murs ne peuvent en être compromises.

Cette indemnité de surcharge n'est également pas due si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement et que, celui qui veut l'exhausser, doit le faire reconstruire en entier (art. 659).

Dans ce cas, il est évident que l'autre copropriétaire ne subit aucun préjudice, le nouveau mur étant certainement de meilleure qualité et plus solide que l'ancien et les dépenses d'entretien se trouveront ainsi réduites.

L'article 659 ajoute, que s'il y a lieu à construction d'un mur plus épais, l'excédent d'épaisseur doit être pris sur la propriété de celui qui fait procéder à la reconstruction.

D'autre part, il est certain que ce propriétaire doit prendre à sa charge le coût de la démolition et de la reconstruction du mur dès que le mur ancien, quelles que soient ses déficiences, était suffisant pour les constructions existantes (Cass., 18 mars 1872, S. 72.1.213, D. 72.1.106). Il faut y ajouter le montant des dépenses faites pour étayer et clore le bâtiment voisin pendant la durée des travaux (Paris, 22 février 1872, S. 73.2.118, D. 73.2.48).

En ce qui concerne les frais de raccords et de remise en état de la propriété voisine, la question est controversée (Guillemot-Saint Vinebault, Becot et Leroux, p. 242 et suivantes).

Dans un premier système, le propriétaire qui, dans son intérêt exclusif, fait reconstruire un mur mitoyen, doit refaire à ses frais tous les raccords ou travaux intérieurs ou, à défaut, payer une indemnité (Code Perrin, n° 2.896, p. 571).

Dans un second système, le propriétaire n'a pas cette obligation : « Attendu que celui qui fait reconstruire le mur
« mitoyen, même dans son intérêt exclusif, ne fait qu'user du
« droit de copropriété qui lui est garanti par les articles 658
« et suivants ; attendu qu'en dehors des conditions légales
« de la mitoyenneté et de la destination commune du mur,
« l'un des copropriétaires ne peut en faire aucun usage ni
« exécuter de son côté aucun travail qui puisse nuire aux
« droits de l'autre ;

« Qu'il suit de ce principe que les raccords intérieurs sont
« à la charge de celui qui est tenu de souffrir la reconstruction » (Seine, 22 février 1872, D. 73.2.48).

Enfin, d'après un troisième système, qui semble bien être celui qui a prévalu en jurisprudence, il faut faire une distinction entre les raccords et les réfections constituant un

accessoire nécessaire de toute reconstruction et ceux d'une nature exceptionnelle, par exemple, des peintures artistiques ; seuls les travaux de la première catégorie sont à la charge du voisin reconstruteur (Seine, 17 juin 1898, S. 99.2.207. — Paris, 22 février 1872, précité).

Par contre, le constructeur n'a pas à indemniser le voisin pour la gêne que celui-ci peut avoir à supporter pendant la durée des travaux, car il ne fait qu'exercer son droit de servitude, à moins que le premier ne commette une faute ou une négligence. Dans ce cas, ce serait le droit commun qui reprendrait son empire, par l'application de l'article 1382, C. C. (Paris, 15 décembre 1875, D. 76.2.3).

Ces mêmes principes sont applicables vis-à-vis des locataires du copropriétaire qui est obligé de subir les travaux.

Il n'en demeure pas moins, que la reconstruction du mur mitoyen est très onéreuse pour le propriétaire qui se trouve contraint d'y procéder dans son intérêt personnel.

Mais, s'il est établi que le mur avait besoin d'une réparation, il sera possible d'y faire participer l'autre copropriétaire (arg. Cass., 18 mars 1872, précité. Trib. Civ. Seine, 1^{er} août 1896, *Le Droit*, 17 décembre 1896).

Pour terminer, nous devons indiquer que l'article 658 met à la charge du constructeur, pour l'avenir, les réparations d'entretien.

« Au-dessus de la hauteur de clôture commune », dit cet article ; cette expression vise le cas où il existait auparavant un mur de clôture qui a été surhaussé ; mais ce n'est là qu'un cas particulier. Le plus souvent, le mur aura plusieurs étages et il faut entendre l'obligation ainsi imposée au constructeur, dans le sens qu'il devra supporter les réparations pour la portion du mur, au-dessus des héberges du bâtiment voisin, qui demeure sa propriété.

A ce sujet, précisons que s'il y a eu démolition du mur mitoyen avant de procéder à l'exhaussement, hypothèse prévue par l'article 659, le mur reconstruit reste mitoyen, seul l'exhaussement devient la propriété du constructeur, qui peut en disposer comme bon lui semble, notamment y ouvrir des jours de souffrance (Paris, 27 février 1890, *La Loi*, 21 mai 1890).

Mais si le mur reconstruit est d'une épaisseur plus grande que le mur originaire, que faut-il décider de l'excédent d'épaisseur ?

D'après certains auteurs, cet excédent deviendrait mitoyen, seul l'excédent du terrain resterait la propriété de celui aux frais de qui le mur a été reconstruit (Guillemot-Saint Vinebault, p. 253).

Cette solution est difficile à justifier, surtout que le Code admet que le sol reste la propriété du constructeur. Pourquoi faire une différence entre ce cas et celui où le constructeur aurait adossé au premier mur un second pour le consolider. Dans cette dernière hypothèse, il est bien certain que le constructeur en reste propriétaire.

§ 2. — *Le copropriétaire constructeur doit-il prendre des précautions particulières, lors de l'exhaussement ou en cas de reconstruction du mur mitoyen ?*

Le droit d'exhausser est un droit absolu pour chaque propriétaire, à l'exercice duquel son voisin ne peut s'opposer. Le consentement de ce dernier n'est pas nécessaire. S'il le refuse, le copropriétaire n'a pas à y substituer une décision judiciaire en vue de la détermination par experts des précautions à prendre et des règles à observer pour que

le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible à l'autre copropriétaire.

La jurisprudence est fixée en ce sens (Cass., 18 avril 1866, S. 66.1.430). Elle écarte l'application des dispositions de l'article 662, en considérant que les seules obligations mises à la charge du copropriétaire constructeur sont celles prévues par les articles 658 et 659.

Cette solution est vivement combattue en doctrine.

Voici ce qu'écrit Baudry-Lacantinerie (t. I, p. 939) sur la portée de l'article 662 : « Ni y appliquer ou appuyer aucun
« ouvrage. Ces termes sont tellement généraux qu'on
« s'étonne qu'il puisse y avoir controverse sur le point de
« savoir si notre disposition est applicable aux travaux
« dont parlent les articles 657, 658 et 659, c'est-à-dire aux
« constructions faites contre le mur mitoyen et à l'exhaus-
« sement de ce mur. Construire contre le mur mitoyen,
« c'est bien y appuyer un ouvrage. D'ailleurs, il y aurait
« dans la loi une véritable contradiction, si elle devait être
« entendue en ce sens que le consentement du voisin ou une
« expertise sera nécessaire pour adosser par exemple des
« espaliers au mur mitoyen, mais non pour construire
« contre ce mur ou pour le surhausser. Les constructions
« contre le mur mitoyen et le surhaussement de ce mur
« sont les innovations les plus graves, et il serait incom-
« préhensible que précisément pour ces deux cas, la loi ait
« supprimé la mesure de protection établie par l'article 662.
« La doctrine se prononce généralement dans ce sens »
(Égal. Colin et Capitant, t. I, p. 784).

Ajoutons à ces commentaires, que la suite logique de la thèse de la jurisprudence est de trouver moins grave la démolition d'un mur avec toutes les conséquences qu'elle peut entraîner pour les tiers (art. 659), que le simple fait d'y

adosser une construction légère (art. 657). Rien que d'indiquer les conséquences que cette thèse entraîne, suffit à la condamner.

Aussi, doit-on approuver entièrement la position prise par la doctrine sur cette question et ce, d'autant plus, comme nous l'avons montré, que les articles 658 et 659 sont le complément nécessaire de l'article 657, pour lequel les Tribunaux admettent qu'il y a lieu à application des règles de l'article 662.

Dans ces conditions, on ne saurait trop conseiller dans la pratique de solliciter le consentement du voisin ou à défaut recourir à une expertise.

§ 3. — *De la faculté pour le voisin
d'acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement.*

L'article 660 prévoit que « le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni par l'excédent d'épaisseur, s'il y en a ».

Les développements fournis sur ce point dans la seconde partie de notre étude, en traitant de l'acquisition de la mitoyenneté, nous dispensent d'y revenir longuement.

A notre avis, cet article n'est qu'une application de l'article 661 au cas particulier de l'exhaussement. Une interprétation différente est donnée à ces deux textes pour le calcul de l'indemnité qui doit être payée au maître du mur ou de l'exhaussement. Dans le cas de l'exhaussement, c'est ce qu'a coûté ce dernier que doit payer l'acquéreur.

On a cherché à justifier cette différence par le souci du législateur d'éviter que l'un des copropriétaires ne laisse

l'autre procéder à l'exhaussement, alors que lui-même le désire, et que plus tard il ne paie que la valeur, laquelle, en fait, sera inférieure au coût de la construction.

On peut se demander si réellement les rédacteurs du Code ont eu cette pensée. En tout cas, les événements, au cours des dernières années leur ont apporté un démenti formel. Il est certain qu'entre le coût d'un mur construit en 1914 et sa valeur actuelle, c'est cette dernière qui est la plus élevée.

Au surplus, l'argumentation exposée ci-dessus est valable, si la construction de l'exhaussement et son acquisition par le voisin sont séparées par un très court laps de temps. Mais, si c'est longtemps après l'exhaussement que le voisin demande à acquérir la mitoyenneté, il n'est pas juste de lui imposer le paiement du coût de l'exhaussement quel que soit l'état de délabrement (Guillemot-Saint Vinebault, Bécot et Leroux, p. 253).

Il faut reconnaître que l'article 660, C. C., ne fait aucune distinction, on est obligé de s'en tenir à l'interprétation commune et exiger, dans tous les cas, le remboursement de la dépense.

Quant au sol, comme l'indique l'article précité, c'est la valeur qui doit être prise en considération.

SECTION III

QUELS SONT LES AUTRES DROITS

APPARTENANT A CHACUN DES COPROPRIÉTAIRES

Le droit d'appuyer des constructions ou ouvrages contre le mur mitoyen et celui de l'exhausser constituent les attributs essentiels de la mitoyenneté et sont ceux qui présen-

tent l'utilité la plus grande pour l'acquéreur de la mitoyenneté. Ils ne sont cependant pas les seuls.

De ce que la mitoyenneté est une copropriété, il résulte qu'une parfaite égalité doit exister entre les deux copropriétaires permettant à l'un d'eux de faire cesser tous les actes de propriété exclusive de l'autre.

Il en est ainsi, non seulement pour les actes accomplis postérieurement à l'établissement de la mitoyenneté, mais même pour ceux antérieurs à l'acquisition, qui sont demeurés subordonnés à l'exercice possible du droit de mitoyenneté (Cass., 1^{er} juillet 1861, D. 62.1.130. — Cass., 11 mai 1925, D. H. 1925.449).

C'est ainsi que l'un des copropriétaires peut obtenir la suppression des conduits de fumée encastres dans le mur mitoyen (décisions précitées).

Il en est de même des jours ou ouvertures pratiqués dans le mur mitoyen sans le consentement du voisin. Ce dernier est en droit de demander leur suppression. Cette prohibition s'applique aux jours de souffrance.

Cela résulte de l'article 675, aux termes duquel : « L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit même à verre dormant. »

L'existence de jours de souffrance dans un mur séparatif, même privatif, ne constitue qu'une simple tolérance et leur suppression peut être demandée alors même qu'il se serait écoulé plus de trente ans depuis qu'ils ont été pratiqués. La prescription ne peut, en effet, être invoquée pour les actes de pure tolérance (Cass., 7 mai 1873, D. 73.1.327. — Cass., 20 avril 1891, D. 91.1.273).

Il en va différemment des vues prises sur la propriété voisine qui, dès qu'elles font l'objet d'une possession utile,

peuvent par la prescription trentenaire constituer une servitude (Cass., 15 juin 1881, D. 83.1.259).

En outre de ces droits, signalons que chacun des copropriétaires a celui de planter des espaliers contre le mur mitoyen (art. 671, 2^e al.).

Ainsi donc, les droits de chacun des copropriétaires sont très étendus, et ils n'ont d'autre limite que le respect des droits de l'autre copropriétaire, la mitoyenneté supposant une égalité absolue.

CHAPITRE II

DES OBLIGATIONS ATTACHÉS A LA MITOYENNETÉ

En principe, les obligations des propriétaires d'un mur mitoyen sont celles de tous propriétaires communistes. Chacun doit veiller en bon père de famille à la conservation du mur et s'abstenir de tout ce qui pourrait le dégrader ; chacun est tenu de supporter les réparations qui sont la conséquence de son fait, et de respecter les droits des autres copropriétaires (R. P. Dalloz, *Servitudes*, n° 315).

Il est inutile de revenir sur les obligations qui sont la contre-partie des droits que nous venons d'examiner, en vue d'assurer leur libre exercice.

Aussi, le présent chapitre a pour objet l'étude des obligations mises à la charge de chacun des copropriétaires par l'article 655 C. C., ainsi conçu : « La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux « qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun. »

§ 1. — *Conditions d'application de l'article 655.*

Cet article trouve son application certaine dans le cas où l'état de délabrement du mur est tel qu'il ne permet plus de remplir son usage. La question de savoir s'il y a lieu à réparation ou à reconstruction est du domaine d'appréciation

des Tribunaux qui statuent d'après les constatations d'experts. C'est là une question de fait.

C'est ainsi que la réparation d'un mur mitoyen peut être exigée, quand sa solidité en est compromise par quelque dégradation, sa reconstruction, quand il menace ruine. Il n'est pas nécessaire qu'il soit tombé. Mais, si le mur, quoique délabré, même en mauvais état, était suffisant pour les constructions existantes, il n'y a pas lieu à reconstruction à frais communs (Paris, 19 mars 1873, D. 76.2.1, et 17 juin 1872, D. 76.2.5). Si, dans un tel cas, un des copropriétaires dans son intérêt personnel, le plus souvent en vue d'y adosser des constructions, estime que la reconstruction s'impose, ce n'est plus l'article 655 qui doit recevoir son application, mais l'article 659, car, bien que ce dernier article ne prévoit que le cas de l'exhaussement, il est certain qu'il faut l'appliquer à tous les autres cas où la démolition est nécessaire pour l'usage que l'un des voisins prétend faire du mur mitoyen (Guillemot-Saint Vinebault, Becot et Leroux, p. 231).

Ces règles ont été examinées dans le chapitre précédent. Rappelons simplement que le copropriétaire qui a agi dans son intérêt exclusif, même si le mur était vieux et défectueux, doit supporter seul les frais de démolition et de reconstruction (Paris, 15 février 1875, D. 76.2.1 et les arrêts précités).

Un tempérament doit être apporté à cette dernière règle, dans le cas où par la suite, le voisin se sert du mur reconstruit pour un autre usage, par exemple, pour y adosser de nouvelles constructions. Alors celui-ci doit participer aux dépenses faites antérieurement et supportées par l'autre communiste. Il appartient aux Tribunaux de fixer sa part contributive qui, en général, sera de moitié du montant de

la dépense, l'article 660 recevant alors application (Paris, 13 juin 1872, D. 76.2.8).

§ 2. — *Quelles sont les précautions à prendre pour procéder à la réparation ou à la reconstruction du mur mitoyen ?*

A défaut d'accord entre les copropriétaires, il sera nécessaire que celui qui prend l'initiative des travaux fasse procéder à une expertise pour constater l'état du mur, arrêter les mesures de précaution à prendre, s'il veut éviter que la charge des travaux ne lui incombe en définitive.

§ 3. — *Quelles sont les charges prévues par l'article 655 C. C. et qui doivent être supportées proportionnellement au droit de chacun.*

C'est évidemment le coût des travaux proprement dit, et il faut écarter la réparation du préjudice qu'ont pu subir les copropriétaires, par suite de l'exécution des travaux, qui restent à la charge de chacun d'eux.

§ 4. — *Cas particulier où le mur a été dégradé par l'un des copropriétaires.*

L'article 655 reçoit application si le mauvais état du mur est dû à la vétusté ou à l'emploi de matériaux défectueux, mais dans le cas où les dégradations sont le fait de l'un des copropriétaires, c'est à ce dernier à supporter la charge des travaux de réfection et la réparation du préjudice qu'il a occasionné (Cass., 28 janvier 1903. — D. 03.1.64).

CHAPITRE III

DE LA FACULTÉ D'ABANDON DE LA MITOYENNETÉ

La réparation ou la reconstruction d'un mur mitoyen peut constituer une charge très onéreuse, hors de proportion avec l'utilité que l'un des copropriétaires peut en tirer. Le mur serait la propriété exclusive d'une personne, celle-ci aurait la possibilité, si le mur ne présente plus aucun intérêt pour elle, soit de le laisser tomber en ruine, soit de le faire démolir. La mitoyenneté constituerait une copropriété ordinaire, celui qui ne se sert plus du mur, pourrait en provoquer le partage.

La nature particulière de l'institution de la mitoyenneté, son caractère forcé, font qu'aucune de ces solutions ne pouvait être envisagée. Devait-on, dans ces conditions, laisser subsister indéfiniment l'obligation de réparation ou de reconstruction de l'article 655 C. C. ?

Le législateur a pensé que ce serait trop rigoureux, il a prévu (art. 656 C. C.) que tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne.

L'article 667 institue cette faculté d'abandon pour toutes espèces de clôture.

Une disposition analogue existait déjà dans l'ancien droit. Aux termes de l'article 210 de la Coutume de Paris :

« Hors les dites villes et faubourgs, on ne peut contraindre
« le voisin à faire mur nouvel, séparant les cours et jardins ;
« mais bien le peut-on contraindre à l'entretienement et
« réfection nécessaire des murs anciens, selon l'ancienne
« hauteur des dits murs, si mieux le voisin n'aime quitter
« le droit de mur et la terre sur laquelle il est assis. »

SECTION I

QUEL EST LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA FACULTÉ D'ABANDON ?

Deux thèses sont en présence :

Certains auteurs y voient une variété de déguerpissement. L'obligation ainsi mise par la loi à la charge de chacun des copropriétaires ne leur est pas personnelle. Ils ne sont tenus que *propter rem*. Ils peuvent donc se libérer de cette charge réelle en cessant d'être propriétaires.

Dans l'ancien droit, le déguerpissement était d'une pratique assez courante et les auteurs le définissaient : « L'acte
« par lequel le propriétaire d'un héritage sujet à une charge
« réelle fait en justice l'abandon de son droit de propriété
« pour se libérer de cette charge. »

Cette institution a perdu beaucoup de son utilité depuis la Révolution qui a supprimé les charges grevant la propriété foncière.

Dans le droit moderne, on la retrouve cependant sous le nom de délaissement au profit du tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué poursuivi par un créancier hypothécaire (art. 2172 et s., C. C.) (Planiol et Ripert, t. III, nos 46 et 311).

Au contraire, d'autres auteurs considèrent qu'il est plus

exact et plus simple de dire que, les charges de la mitoyenneté étant la contre-partie de ses avantages, le propriétaire qui use de la faculté d'abandon des articles 656 et 667, renonce aux avantages et, par là, aux charges qu'ils entraînent (Colin et Capitant, t. I, p. 786).

Pour ces derniers auteurs, l'intérêt de la question est le suivant : « Dans le premier système, le mur est abandonné, sol et matériaux compris, au propriétaire, lequel peut, dès lors, l'entretenir ou non, et, s'il tombe tout à fait, reste propriétaire exclusif du sol. Dans notre système, au contraire, l'auteur de l'abandon ne délaisse pas la propriété du mur, il perd seulement le droit de retirer les avantages de la mitoyenneté, par exemple, d'y adosser une construction. Le mur reste mitoyen. Si donc l'autre propriétaire le laisse tomber de vétusté, le premier peut revenir sur l'abandon *propter causam non secutam* ; si le mur s'écroule tout à fait, il peut réclamer la moitié du sol et des matériaux. »

Mais la plupart des promoteurs du premier système du déguerpissement admettent les conséquences du second, en ce qui concerne, notamment, l'obligation pour le bénéficiaire de maintenir le mur abandonné en bon état et le partage par moitié des matériaux et du sol en cas de ruine du mur.

Pour justifier ce point de vue, ils donnent au déguerpissement un caractère conditionnel.

Nos préférences vont à la thèse du déguerpissement conditionnel qui se concilie mieux que le second avec les conséquences qu'entraîne l'abandon de la mitoyenneté, comme nous le verrons par la suite.

SECTION II

ÉTENDUE DE LA FACULTÉ D'ABANDON

La question se pose de savoir sur quoi porte l'abandon.

Il est généralement admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que l'abandon est divisible. Aussi, le copropriétaire qui entend renoncer à la mitoyenneté peut limiter sa renonciation à la portion du mur qui appelle une réparation ou une reconstruction.

Voici en quels termes, la Cour de Cassation (3 avril 1865, S. 65.1.159) s'est prononcée : « Attendu, en droit, que le
« même arrêt déclare d'une manière générale et absolue
« que, d'après l'article 656 du Code Civil, le copropriétaire
« du mur mitoyen ne peut faire l'abandon de son droit de
« mitoyenneté que sous la condition que cet abandon portera sur la totalité du mur ;

« Mais, attendu que l'article 661 du même code dispose
« que le propriétaire joignant un mur, a la faculté de le
« rendre mitoyen en remboursant au maître du mur la
« moitié de sa valeur ou la moitié de la portion qu'il veut
« rendre mitoyenne, et la moitié de la valeur du sol sur
« lequel le mur est bâti ;

« D'où il suit que le droit de mitoyenneté est essentiellement divisible, en ce sens qu'il peut également porter
« sur la totalité du mur ou seulement sur une portion de
« ce mur ;

« Attendu que l'on ne saurait admettre que cette condition de divisibilité puisse cesser d'exister lorsque, en
« vertu des articles 655 et 656 C. C., le propriétaire du
« mur mitoyen veut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions, en abandonnant son droit

« de mitoyenneté ; que dans les deux cas, en effet, soit
« qu'il s'agisse de l'acquisition de ce droit conformément
« à l'article 661, soit qu'il s'agisse de son abandon confor-
« mément à l'article 656, le droit ne change pas de nature ;
« qu'il peut et doit, dès lors, être exercé, dans les mêmes
« termes, et que particulièrement, il n'y a pas à distinguer
« entre ces effets légaux. »

Cette solution est généralement approuvée en doctrine. Il n'y a aucun motif, en effet, puisque l'article 661 admet l'acquisition partielle, pour ne pas admettre la réciproque : l'abandon partiel.

Mais qu'il y ait abandon partiel ou total, le propriétaire qui renonce à la mitoyenneté du mur doit faire porter sa renonciation sur le terrain sur lequel le mur est construit.

« Il ne suffit pas d'abandonner le mur ; il faut encore
« délaisser le terrain sur lequel il est assis. Il est vrai
« qu'avant que les voisins ou leurs auteurs eussent cons-
« truit ce mur sur les extrémités de leurs héritages, cha-
« cune de ces extrémités appartenait séparément à l'un
« et à l'autre ; mais ils sont censés les avoir mises en com-
« munauté. Ce terrain et le mur ne font qu'un même tout ;
« l'abandon que le voisin fait de sa part dans le mur
« renferme donc l'abandon du terrain » (Pardessus, t. I,
n° 168).

Cette solution est vraie également en jurisprudence (Angers, 12 mars 1847, D. 47.2.65. Bordeaux, 14 juin 1855, D. 56.2.153).

SECTION III

CONDITIONS D'EXERCICE DE LA FACULTÉ D'ABANDON

L'exercice de la faculté d'abandon a lieu, en général, à la suite de la demande d'un voisin à l'autre, de parti-

ciper aux charges de reconstruction ou de réparation du mur mitoyen.

Cet abandon qui a son fondement dans la loi résultera de la convention. C'est quelque chose d'analogue à l'acquisition de la mitoyenneté. L'un des copropriétaires peut l'imposer à l'autre, mais il n'en demeure pas moins que cet abandon suppose une manifestation de volonté.

Le propriétaire au profit duquel il est fait abandon de la mitoyenneté d'un mur agira prudemment en faisant constater par un acte écrit soumis à transcription la renonciation de l'autre copropriétaire.

Aux termes de l'article 656, l'exercice de la faculté de renonciation est subordonné à la condition que le mur mitoyen ne continue pas à supporter des constructions appartenant au propriétaire qui entend s'en prévaloir.

Il en est ainsi également, si le mur mitoyen sert de mur de fond accolé à des constructions (Paris, 4 février 1870. D. 70.2.217). Mais, s'il ne sert que de clôture partielle, la Cour de Cassation admet que la faculté d'abandon peut jouer (Cass., 30 mai 1894, S. 98.1.503. D. 95.1.66).

La disposition de l'article 656 est logique, car il serait anormal que par la simple renonciation au droit de propriété, l'auteur de cet abandon pût continuer à recueillir les principaux avantages attachés à la chose commune. Toutefois, les prescriptions sur la mitoyenneté n'étant pas d'ordre public, il est permis par une convention d'y déroger, en autorisant le propriétaire renonçant à continuer à utiliser ce mur, notamment, y conserver un point d'appui (Cass., 24 mars 1884, S. 85.1.365).

D'autre part, l'abandon des constructions adossées, en même temps que celui du mur mitoyen, n'est pas possible, car ces bâtiments ne font pas partie de la communauté et

leur abandon peut constituer une charge très onéreuse pour le propriétaire qui voit son patrimoine involontairement accru. De même, l'engagement de démolir les constructions adossées au mur mitoyen est insuffisant pour que l'abandon soit définitif, les obligations de la mitoyenneté ne pouvant cesser qu'après cette démolition (Cass., 16 décembre 1863, D. 64.1.109).

En dehors de l'hypothèse prévue par l'article 656, il en existe deux autres où se pose la question de savoir si l'abandon est possible ou non.

Tout d'abord, supposons que l'état du mur qui rend nécessaire sa réparation ou sa reconstruction, ne soit pas dû à la vétusté, mais à la faute de l'un des copropriétaires qui, par exemple, a effectué des travaux de démolition affectant la solidité du mur. Dans ce cas, l'auteur de ces travaux peut-il échapper à l'obligation de réparer, en abandonnant le mur ?

Évidemment, dans un tel cas, la réponse est négative. L'obligation résulte moins en effet, de l'application des règles de la mitoyenneté, que de la faute qu'il a commise.

Aussi, avant tout abandon, il devra faire procéder aux réparations que son fait a rendu nécessaires.

C'est ainsi qu'en a décidé la jurisprudence, approuvée par la doctrine (Cass., 16 décembre 1863, précité. Paris, 27 novembre 1877, D. 79.2.21. Colin et Capitant, t. I, p. 785).

Enfin, la faculté d'abandon devrait, d'après la doctrine, être encore écartée lorsqu'il s'agit de clôtures sises dans les villes et faubourgs. On sait, en effet, que chaque propriétaire peut y contraindre ses voisins à contribuer à la construction des murs quand il désire se clore (art. 663, C. C.) ; on dit, dans ce cas, que la clôture est forcée. Cette

disposition de la loi s'explique par des raisons d'utilité générale, donc d'ordre public.

Entre les deux textes, l'article 663 et l'article 656, existe ainsi un conflit. Le premier de ces textes oblige les propriétaires non seulement à élever la clôture à frais communs, mais même à contribuer aux réparations de la chose commune ; l'article 656 permet à l'un des copropriétaires de renoncer aux réparations en abandonnant la mitoyenneté du mur.

Planiol et Ripert (t. III, n° 311) estiment que « le seul
« moyen de concilier ces deux textes est de reconnaître
« qu'ils s'appliquent séparément à deux hypothèses diffé-
« rentes, à deux espèces d'héritages : l'article 656 à ceux
« dont la clôture est libre, l'article 663 à ceux dont la
« clôture est forcée ».

Cette solution suppose que dans les villes et les faubourgs, un copropriétaire pourra abandonner la mitoyenneté d'un mur au-dessus de la hauteur de clôture légale.

Cette distinction n'a jamais été admise par la Cour de Cassation depuis 1819, malgré la résistance de certains Tribunaux ou Cours d'Appel (Cass., 29 décembre 1819, S. 20.1.166 ; 26 juillet 1882, D. 83.1.342).

« Attendu, dit la Cour de Cassation (arrêt du 26 juillet 1882), qu'aux termes de cet article (art. 656), tout
« copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de
« contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit à la mitoyenneté ; que cette faculté
« d'abandon est générale et absolue ; qu'elle s'applique
« aux murs de clôture dans les villes comme dans les
« campagnes et que l'article 663 n'y a dérogé en aucune
« façon ; que dès lors, soit qu'il s'agisse, comme dans l'article 656, d'une reconstruction, soit qu'il s'agisse, comme

« dans l'article 663, d'une première construction, la faculté
« de renoncer à la mitoyenneté subsiste, la raison de déci-
« der étant la même pour tout mur à édifier ou à réédi-
« fier. »

La doctrine de la Cour de Cassation a donné lieu à de vives controverses. Citons, par exemple, Baudry-Laycan-
tinerie (t. I, p. 942), pour montrer l'acuité de la discussion :
« La Cour de Cassation dit, à l'appui de sa doctrine, que
« l'article 656 est conçu dans des termes généraux et
« absolus, que par conséquent la faculté d'abandon qu'il
« consacre, doit toujours être admise sauf l'unique excep-
« tion qu'il prévoit. Mais d'abord l'article 656 paraît tout
« à fait inapplicable au cas où l'un des voisins élève la
« prétention de se soustraire à l'obligation de contribuer
« aux frais de la construction d'un mur de clôture en aban-
« donnant la moitié du terrain nécessaire pour cette cons-
« truction. En effet, il parle d'un abandon du droit de
« mitoyenneté ; or, pour qu'il puisse être question d'aban-
« donner un droit de mitoyenneté, il faut nécessairement
« qu'il y ait une chose mitoyenne, et il n'y en a pas tant
« que le mur n'a pas été construit. L'article 656 n'autorise
« donc pas l'un des voisins à se libérer de l'obligation de
« contribuer aux frais de la construction d'un mur de
« clôture ; et dès lors il ne peut pas l'autoriser à se libérer
« de l'obligation de contribuer aux frais des réparations
« du mur existant, car les deux questions se tiennent.

« A défaut de l'article 656 invoquera-t-on l'article 699,
« aux termes duquel le propriétaire du fonds assujetti
« peut toujours s'affranchir de la charge en abandonnant
« le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la
« servitude est due ? Mais alors ce n'est pas seulement
« la moitié du terrain nécessaire à la construction du mur

« mitoyen, ou son droit de mitoyenneté dans le mur existant, que le voisin devra abandonner, mais son héritage tout entier, car c'est cet héritage qui est grevé de la servitude de construire ou de réparer.

« Les textes ne fournissent donc aucun appui à la solution admise par la Cour Suprême. D'ailleurs, à l'article 656 on peut opposer l'article 663, qui est conçu lui aussi en des termes généraux et absolus ! Inutilement, dit-on, qu'il ne faut pas sacrifier l'article 656 à l'article 663. »

La position prise par la Cour de Cassation paraît choquante, en ce sens que, en ne participant pas à l'édification ou à la réparation d'une clôture forcée, l'un des voisins se trouvera néanmoins en bénéficiaire, sinon sans bourse déliée, tout au plus en cédant une portion de son terrain sur lequel la clôture sera élevée. Mais, dans les pays où la clôture n'est pas obligatoire, le voisin qui ne participe pas à son édification, en profite pourtant. Pourquoi faire une distinction entre les deux situations ?

D'autre part, l'application des articles 655 et 656 suppose des ouvrages assez importants ; il y est question de « mur », « bâtiment ». Or, de tels ouvrages existent surtout dans les villes et les faubourgs. Aussi, c'est restreindre considérablement le champ d'application de l'article 656 que de dire qu'il ne vise que les héritages dont la clôture est libre.

Pour notre part, la jurisprudence de la Cour de Cassation nous paraît assez défendable.

Il est vrai que si l'on se reporte à la Coutume de Paris, la distinction s'y trouve.

L'article 209 s'exprimait ainsi : « Chacun peut contraindre son voisin en villes et faubourgs de la prévôté et vicomté de Paris, à contribuer pour faire clôture,

« faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins,
« ès dites villes et faubourgs, jusqu'à la hauteur de dix
« pieds de haut du rez-de-chaussée, compris le chaperon. »

Au contraire, l'article 210 disposait que : « Hors les
« villes et faubourgs, on ne peut contraindre à faire mur
« nouvel, séparant les cours et jardins ; mais bien le peut-
« on contraindre à l'entretienement et réfection néces-
« saire des murs anciens selon l'ancienne hauteur des dits
« murs, si mieux le voisin n'aime quitter le droit de mur
« et la terre sur laquelle il est assis. »

Mais, si l'on se réfère à la discussion qui a eu lieu devant le Conseil d'État, sur le titre des servitudes, article 15, cet article, conforme à l'ancienne jurisprudence que nos législateurs n'ont pas voulu admettre, contenait, en effet, une exception à l'égard des murs de clôture situés dans les villes et faubourgs ; mais cet article fut rejeté, et si l'on n'a pas énoncé que le propriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux frais de clôture en faisant l'abandon de son droit, ce fut parce que Tronchet observa que cette modification était suffisamment exprimée dans l'article 658, dont la disposition est générale (Guillemot-Saint Vinebault, Becot et Leroux, p. 90).

Si la doctrine a tendance à faire la distinction, elle n'est pas unanime (Fournel, *Traité du Voisinage*).

Toullier (t. III, p. 150), considère que : « Le Code n'a
« point fait d'exception pour les villes où la clôture est
« forcée, et cette clôture n'est forcée qu'en ce sens, qu'il
« faut ou se clore ou abandonner la moitié du terrain et
« la mitoyenneté. »

SECTION IV

CONSÉQUENCES QU'ENTRAÎNE L'ABANDON DU DROIT
DE MITOYENNETÉ POUR LE PROPRIÉTAIRE QUI EN
RECUEILLE LE BÉNÉFICE.

L'article 656 subordonne l'exercice de la faculté d'abandon à ce que le mur ne supporte pas des constructions appartenant à celui qui s'en prévaut. Mais, à côté de cette condition que l'on peut qualifier de suspensive de l'abandon, la doctrine a prévu une autre condition, résolutoire cette fois.

D'après elle, l'abandon suppose l'obligation pour son bénéficiaire de réparer et entretenir le mur.

C'était déjà l'opinion de Fournel dans son *Traité du Voisinage* (v^o *Abandon*), s'appuyant sur l'autorité de Pothier qui considérait que si le bénéficiaire de l'abandon négligeait de faire les réparations et laissait le mur tomber en ruine, le voisin était en droit de faire révoquer l'abandon, reprendre le terrain et demander le partage des matériaux provenant de la ruine du mur.

De même, pour Demolombe (t. XI, n^o 391) : « L'abandon du voisin n'est fait que dans le but de se décharger de l'obligation de réparer et de reconstruire ; et par conséquent, il implique naturellement que l'obligation de reconstruire et de réparer subsistera ; donc l'abandon serait sans cause, si le voisin au lieu de réparer le mur et de prendre sur lui toute la charge des dépenses, l'abandonnait en réalité lui-même en ne réparant pas. »

Cette opinion trouve son explication dans le souci d'éviter un enrichissement non justifié de l'un des copropriétaires. Mais il est difficile de la justifier, sans que des

objections sérieuses apparaissent. L'abandon suppose, en effet, que celui qui l'effectue cesse d'être propriétaire de la mitoyenneté du mur et du sol, et, en conséquence, n'a plus aucun droit à faire valoir sur le mur. Que lui importe, dans ces conditions, que l'autre conserve le mur ou le laisse périr, tout au moins dans le cas où la clôture n'est pas obligatoire.

Si l'opinion que nous avons indiquée est celle qui a prévalu en doctrine, elle n'est cependant pas la seule (voir les auteurs cités par Guillemot-Saint Vinebault, Becot et Leroux, p. 272 et suiv.). Certains auteurs, hésitant devant certaines conséquences de cette théorie, y ont, soit apporté un correctif, soit émis une opinion contraire.

Le correctif apporté consiste en ce que, tout en admettant que l'obligation de réparation ou de reconstruction existe, celle-ci se trouve éteinte lorsqu'il a été fait une première réparation ou une première reconstruction. Mais avec un tel système, nous sommes en plein arbitraire : les Tribunaux auront à apprécier si la réparation effectuée est suffisante ou non, et l'on aboutira à des solutions contradictoires qu'un système juridique parfait doit permettre d'éviter.

La thèse qui consiste à nier toute obligation de réfection à la charge du bénéficiaire de l'abandon est, à ce point de vue, plus satisfaisante pour l'esprit. Elle ne laisse place à aucun arbitraire, ni aucune interprétation. Pour nier l'obligation de réfection à la charge du bénéficiaire de l'abandon, ses auteurs se fondent sur ce qu'elle ne résulte, ni du texte, ni de l'esprit de l'article 656. Au surplus, les conséquences qu'elle entraîne doivent la faire écarter. Elle aurait pour but, en effet, de grever le mur d'une servitude à raison de

laquelle le voisin devenu seul propriétaire du mur, ne pourrait à son tour, démolir son bâtiment sans relever le mur, objet de l'abandon.

A notre connaissance, la jurisprudence n'a jamais eu à trancher cette question dont l'intérêt est surtout théorique. Dans la pratique, l'auteur de l'abandon se désintéressera du sort du mur qui, comme le prouve son attitude, ne présente aucune utilité pour lui, le terrain perdu étant, en général, de faible valeur.

SECTION V

CONSÉQUENCES QU'ENTRAÎNE L'ABANDON POUR SON AUTEUR

L'auteur de l'abandon ne peut plus utiliser le mur pour son usage personnel, comme nous l'avons vu précédemment, sauf convention contraire avec son voisin.

Mais, si par la suite, celui qui a renoncé à la mitoyenneté, a l'intention de se servir à nouveau du mur, peut-il se prévaloir de l'article 661 C. C., qui donne à tout propriétaire joignant un mur la faculté de le rendre mitoyen ?

L'abandon a pour effet de rendre son bénéficiaire, du moins dans le système généralement admis, propriétaire du mur et du terrain sur lequel il est élevé. Le mur devient ainsi privatif, et il remplit les conditions exigées pour que la mitoyenneté puisse en être acquise. Il n'y a donc aucune raison de lui refuser le bénéfice de l'application de l'article 661, sauf, bien entendu, comme le prévoit cet article, à rembourser la moitié de la valeur du mur et du terrain sur lequel ce dernier est édifié.

Par contre le remboursement des dépenses de réparation

ou de reconstruction effectuées depuis l'abandon ne serait pas suffisant.

La Coutume de Paris (art. 212) prévoyait expressément le cas : « Et néanmoins, dans le cas des deux précédents articles le voisin est reçu, quand bon lui semble, à demander moitié du dit mur bâti et fonds d'icelui, ou à rentrer dans son premier droit, en remboursant moitié du dit mur et fonds d'icelui. »

Si cette disposition n'a pas été reproduite dans le Code Civil, c'est que le texte de l'article 661, en raison de sa portée générale, la rendait parfaitement inutile.

CHAPITRE IV

PREUVE DE LA MITOYENNETÉ

Un mur, qu'il serve de clôture ou de séparation entre deux bâtiments, est mitoyen quand, construit par un seul propriétaire, son voisin en a acquis la mitoyenneté, comme les articles 660 et 661 C. C. lui en donnent le droit.

Il en est également ainsi, quand il a été construit à frais communs, soit en vertu d'un accord entre les deux voisins, soit que l'article 663, relatif à la clôture forcée, ait été invoqué par l'un pour contraindre l'autre à participer aux frais de construction.

C'est ce qu'exprimait Pothier en disant : « Un mur est « mitoyen, lorsque deux voisins ont fait construire à frais « communs sur les confins de deux héritages, ou lorsqu'un « seul l'ayant fait construire, l'autre en a acquis la mitoyenneté. »

Mais comment prouver soit la construction du mur à frais communs, soit l'acquisition par l'un des voisins.

En général, il y aura une convention, constatée par écrit ; mais, lorsqu'il s'agira dans une contestation entre voisins, de faire la preuve de la propriété privative du mur ou de la mitoyenneté, il sera souvent difficile, si un temps assez long s'est écoulé depuis l'acquisition, de fournir cette preuve.

En présence de ces graves difficultés qui existaient surtout à l'époque des coutumes, alors que la rédaction d'écrits était peu développée, le législateur a institué un

système de preuves, présomptions et marques, qui, par leur combinaison, permettent, en principe, de résoudre toutes les difficultés.

Le système du Code Civil est extrêmement cohérent. Il est consacré par deux articles.

Aux termes de l'article 653 : « Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments
« jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre
« enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a
« titre ou marque du contraire. »

L'article 654 dispose que : « Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à
« plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre
« un plan incliné ;

« Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou
« des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en
« bâtissant le mur.

« Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement
« au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre. »

La loi du 20 août 1881, dont nous avons dit l'esprit de généralisation, a étendu les présomptions de l'article 653 à toutes les clôtures, mais évidemment dans une formule plus générale. Le texte qui traite de cette question a été incorporé dans l'article 666 C. C.

Le premier alinéa de cet article est ainsi conçu : « Toute
« clôture qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à
« moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de
« clôture, ou s'il n'y a titre, prescription ou marque contraire. »

Ainsi donc, le législateur prévoit plusieurs modes de preuve, mais dont l'un exclut l'autre, l'ordre de préférence

étant le suivant : tout d'abord, le titre ou la prescription, puis la marque et, enfin, quand il n'existe pas de titre, ni prescription, ni marque, ce sont les présomptions de l'article 653 qui jouent.

Examinons successivement ces différents modes de preuves.

SECTION I

LA PREUVE PAR TITRE

Que faut-il entendre par titre ?

Le « titre contraire » prévu par l'article 653, C. C., doit-il être un écrit ?

La négative a été soutenue (Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1708). Ces auteurs estiment que la loi entend ici par « titre », le fait juridique lui-même, et non l'écrit qui le constate.

Néanmoins, la majorité des auteurs est pour l'affirmative, avec juste raison, semble-t-il, cette opinion paraissant plus conforme à l'esprit du législateur, qui a eu en vue dans les articles 653 et 654 les moyens de preuve dont il pouvait être fait usage pour établir la mitoyenneté ou la non-mitoyenneté d'un mur.

La jurisprudence est dans ce sens qu'un écrit est nécessaire pour établir le fait juridique duquel il résulte que l'un des voisins a la mitoyenneté ou la propriété exclusive du mur (Cass., 10 juillet 1865, S. 65.1.341. D. 65.1.483. — Angers, 3 janvier 1850, S. 50.2.450. D. 50.2.18).

Mais le mot « titre » doit, cependant, être pris dans un sens large ; le titre peut être déclaratif aussi bien que translatif. Ce peut être, soit un acte spécial à la mitoyenneté, soit

une énonciation de la mitoyenneté dans un acte relatif à un autre fait juridique, par exemple, dans une vente avec réserve de la mitoyenneté.

D'autre part, la question se pose de savoir si le titre doit être commun aux deux parties, c'est-à-dire émaner de chacune d'elles ou de leurs auteurs ?

La question est controversée en doctrine :

« Les titres invoqués pour combattre directement une « présomption de mitoyenneté, doivent être des actes communs aux deux parties ou à leurs auteurs, alors du moins « que les conditions matérielles auxquelles se trouve subordonnée cette présomption, existaient déjà lors de la construction du mur.

« Il est vrai que l'article 653 se borne à dire que la présomption de mitoyenneté peut être combattue par un « titre contraire, sans exiger expressément que le titre soit « commun aux deux parties. Mais il est de principe qu'un « titre ne peut être opposé qu'à celui dont il émane » (Aubry et Rau, § 222 et note 16).

Ce n'est cependant pas l'opinion de ces auteurs qui prévaut. Voilà ce que dit Fremy-Ligneville (t. II, n° 502) : « L'article 653 n'exige qu'un titre en général, et les titres de « propriété sont opposables à ceux qui n'y ont été parties « ni par eux-mêmes, ni par leurs auteurs. »

Cette dernière opinion est généralement approuvée (Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1708. — Planiol et Ripert, t. III, n° 299).

Elle a été consacrée par la jurisprudence. C'est ainsi que dans un arrêt de la Cour de Cassation du 11 août 1884 (D. 85.1.254. — S. 86.1.196), on lit : « Attendu que l'article 653, C. C., fait cesser devant un titre contraire « la présomption de mitoyenneté qu'il établit, que cet

« article n'exige point que les titres, dont il appartient aux
« juges du fait d'interpréter le sens et la portée, soient
« communs aux deux propriétaires voisins » (v. égal. Cass.,
25 janvier 1859, S. 59.1.466. — Trib. Civ. Seine, 24 no-
vembre 1887, *Gaz. Pal.*, 88.1.242. — Orléans, 4 juillet 1891,
D. 93.2.126).

Il est, en effet, normal que dans un domaine où l'on
admet comme moyens de preuve de simples présomptions,
on n'écarte pas des actes qui valent au moins comme pré-
somption contraire et auxquels on peut attacher une cer-
taine autorité.

La force probante de l'acte, dont il est fait état, est déter-
minée par les juges du fait (Cass., 11 août 1884, précité).

SECTION II

LA PREUVE PAR LA PRESCRIPTION

Dans le cas où le titre fait défaut, ou même si le titre
existant remonte à plus de trente années, la preuve de la
mitoyenneté peut résulter d'une possession remplissant les
caractères prévus par la loi, pendant au moins trente ans,
sans interruption, ni suspension.

Il en sera ainsi, si les deux voisins se sont servis du mur
en commun pendant ce laps de temps.

La prescription peut également faire acquérir la pro-
priété privative.

Les développements que nous avons donnés, en traitant
de la prescription mode d'acquisition de la mitoyenneté,
nous dispensent de revenir sur cette question.

Ajoutons, seulement, que depuis la loi du 20 août 1881,
la prescription comme mode de preuve est expressément
prévus dans le Code Civil (art. 666).

SECTION III

DES MARQUES DE NON-MITOYENNETÉ

Les marques prévues par l'article 654, C. C., constituent un mode de preuve propre à la mitoyenneté. Cet article prévoit deux marques de non-mitoyenneté.

§ 1. — *L'énumération donnée par l'article 654 est-elle limitative ?*

La question est controversée en doctrine.

D'après Aubry et Rau (t. II, § 222, note 18) : « Quoique
« l'article 654 ne soit pas rédigé en termes restrictifs, le
« caractère limitatif de sa disposition résulte de son rap-
« prochement avec l'article précédent, et de l'esprit général
« dans lequel ont été conçues les différentes règles relatives
« à la présomption de mitoyenneté. »

Cette opinion se trouve d'ailleurs confirmée par Baudry-Lacantinerie (t. I, n° 1711) : « Bien que l'article 654 ne soit
« pas conçu en termes restrictifs, l'énumération qu'il donne
« des marques de non-mitoyenneté doit être considérée
« comme limitative. En effet, il résulte des marques de
« non-mitoyenneté une présomption légale de propriété
« exclusive au profit de l'un des voisins, et il est de prin-
« cipe que les présomptions sont de droit étroit, et ne
« peuvent être étendues d'un cas à l'autre. »

Il semble cependant que cette opinion qui a prévalu au cours du siècle dernier, ne soit plus généralement admise de nos jours où l'on revient à celle enseignée par Demolombe (t. XI, n° 341) : « L'article 653, en établissant la pré-

« somption de mitoyenneté, réserve lui-même la preuve qui
« peut résulter de la marque contraire ; et, par conséquent,
« toute marque du contraire sera admissible en vertu de cet
« article même, si d'ailleurs l'article 654 n'a pas limitative-
« ment déterminé ces marques ;

« Or, l'article 654 s'exprime en termes purement énoncia-
« tifs ; il indique certains signes parmi ceux qui sont les
« plus caractéristiques à la fois et le plus en usage ; mais
« rien dans la forme de sa rédaction n'annonce qu'il soit
« limitatif et exclusif ; donc, tout autre marque du con-
« traire sera admissible en vertu de l'article 653. » (Dans ce
sens, Planiol et Ripert, t. III, n° 301. — Colin et Capitant,
t. I, p. 783.)

Ces derniers auteurs tirent argument de l'article 666, auquel ils attachent un caractère énonciatif. Il s'appuient également sur un arrêt de la Cour de Cassation du 12 novembre 1902 (D. 1902.1.568. — S. 1903.1.29).

Dans cet arrêt, la Cour de Cassation a rejeté un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Lyon qui, écartant la première présomption établie par l'article 654, avait retenu celle résultant de l'article 552 C. C., aux termes duquel la propriété du sol entraîne celle du dessus. Dans l'espèce, il s'agissait d'un mur construit en entier sur le terrain d'un propriétaire et le soutenait, alors que la sommité du mur était inclinée du côté de l'héritage du voisin.

La jurisprudence avait été, jusqu'à cet arrêt, contradictoire. Dans le sens du caractère limitatif (Orléans, 4 juillet 1891, D. 93.2.126. — Agen, 12 avril 1888, R. Agen, 77.1888), et dans le sens contraire (Pau, 20 mars 1861, S. 63.1.162).

Depuis l'arrêt de la Cour de Cassation, nous n'avons relevé qu'une décision (Lorient, 24 mars 1903, *Gaz. Pal.*

1904.1.10) dans le même sens ; son caractère presque contemporain avec cet arrêt ne nous permet pas d'affirmer que la jurisprudence soit définitivement établie dans le sens du caractère énonciatif de l'article 654.

§ 2. — *Première marque de non-mitoyenneté : sommité du mur, droite et à plomb de son parement d'un côté, et présentant de l'autre côté un plan incliné.*

Cette marque de non-mitoyenneté est liée à l'égout des toits. Le propriétaire qui fait construire un mur sans le concours de son voisin doit faire verser obligatoirement sur son terrain, les eaux pluviales. C'est dans ce but que le sommet du mur présente un plan incliné de son côté.

Aussi, un tel mur est présumé appartenir au propriétaire du terrain sur lequel s'écoulent les eaux.

§ 3. — *Deuxième marque de non-mitoyenneté : lorsqu'il n'y a que d'un seul côté ou un chaperon, ou des filets et des corbeaux de pierre qui auraient été mis en bâtissant le mur.*

En général, le mur est surmonté d'un dispositif qui, en le protégeant, déverse les eaux d'un seul côté ou des deux côtés. Ce dispositif qui constitue le toit du mur s'appelle un « chaperon ».

On désigne sous le nom de « filets », la partie du chaperon qui déborde le mur, les filets empêchent l'eau de couler le long du mur et de le dégrader, en même temps qu'ils assurent la protection des arbres en espaliers. Dans la pratique, on donne quelquefois à ces filets, le nom de larmier.

L'hypothèse prévue par le Code, et dont il fait une présomption de non-mitoyenneté, est celle où le chaperon et

les filets sont d'un seul côté et assurent l'écoulement des eaux de ce côté. Le cas est le même que le précédent, sauf qu'alors le mur n'avait pas de toit.

Il faut supposer que si le mur avait été construit à frais communs, les deux voisins auraient construit le sommet du mur de telle manière que l'eau s'écoule également des deux côtés.

De même, lorsqu'il n'y a que d'un seul côté des corbeaux qui auraient été mis en bâtissant le mur, celui-ci est présumé appartenir au propriétaire du côté duquel ils se trouvent.

Les « corbeaux » sont des pierres en saillie destinées à servir d'appui à des poutres, pour le cas où on viendrait à édifier une construction contre ce mur.

Ils ne doivent pas être confondus avec les « harpes » ou pierres d'attente, dont l'objet est de relier le mur que l'on construit avec un autre que le voisin viendrait à construire dans le prolongement ; elles ne peuvent évidemment faire présumer, au profit du voisin sur le fonds duquel elles font saillie, la propriété exclusive du mur, puisque ce mur dépend d'une maison appartenant à l'autre voisin (Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1709. — Rennes, 9 juillet 1821, Masselin, p. 114).

Pour que les corbeaux puissent servir de présomption de non-mitoyenneté d'un mur, l'article 654 met comme conditions : 1° qu'ils soient en pierre ; 2° qu'ils aient été mis lors de la construction du mur.

Il n'y aurait aucune induction à tirer de corbeaux en plâtre, car il est trop facile à l'un des voisins d'en établir furtivement pour se procurer une marque de propriété exclusive.

Dans le cas où il s'agit de corbeaux en pierre, mais dont

l'origine ne remonte pas à la construction du mur, certains auteurs considèrent qu'il ne peut en être tiré aucun indice (Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1709). D'autres, au contraire, estiment que si les marques existent depuis plus de trente ans, au vu et au su du voisin, même placées postérieurement à la construction, elles peuvent être invoquées comme indice de non-mitoyenneté (Demolombe, t. XI, n° 338 et les auteurs cités au R. D. *Servitudes*, n° 286).

Reste à examiner la situation lorsque les marques de non-mitoyenneté existent des deux côtés du mur. D'après Baudry-Lacantinerie (t. I, n° 1710), elles « se neutralisent. « On en revient au droit commun, absolument comme s'il « n'y avait pas de marque d'aucun côté ».

Cependant, si les marques existant sur l'un des côtés paraissaient avoir été mises postérieurement à la construction du mur, il y aurait lieu de considérer que ce mur appartient exclusivement à celui qui est propriétaire de l'autre côté (Guillemot-Saint-Vinebault, Bécot et Leroux, p. 113).

SECTION IV

DES PRÉSUMPTIONS DE MITOYENNETÉ

Quand l'un des modes de preuve que nous venons d'étudier fait défaut, en particulier en l'absence de l'une des marques de l'article 654 qui constituent des présomptions de non-mitoyenneté, le législateur a prévu des présomptions de mitoyenneté.

D'après les articles 653 et 666, C. C., en l'absence de titre, prescription ou marque contraire, toute clôture séparative entre deux propriétés contiguës est, sous certaines conditions, présumée mitoyenne.

Aux termes de l'article 653 : « Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire. »

Une disposition analogue existait dans la Coutume de Paris sous l'article 211 : « Tous murs séparant cours et jardins, sont réputés mitoyens, s'il n'y a titre au contraire ; et celui qui veut faire bâtir nouveau mur, ou refaire l'ancien corrompu peut faire appeler son voisin pour contribuer au bâtiment ou réfection dudit mur, ou bien lui accorder lettres que le mur soit tout sien. »

Les présomptions ainsi établies par la loi sont basées sur des probabilités. Il est normal, en effet, de supposer qu'un mur, construit sur la limite de deux propriétés et présentant de l'utilité pour les deux voisins, leur appartienne en commun.

Ou bien, le mur a présenté de l'utilité pour les deux voisins dès l'origine, et alors il est naturel de penser que les deux voisins ayant le même intérêt à l'existence du mur, l'ont élevé à frais communs ; ou bien, le mur était la propriété exclusive de l'un des voisins, mais par la suite, l'autre en ayant eu besoin en a acquis la mitoyenneté, car il est difficile de concevoir que le maître du mur aurait laissé son voisin se servir du mur sans le contraindre, soit à lui payer l'indemnité de l'article 660 ou celle de l'article 661, soit à cesser son emprise.

Les présomptions légales de l'article 653 dispensent de toute preuve celui au profit duquel elles existent, conformément à l'article 1352 C. C.

C'est celui qui prétend que le mur n'est pas mitoyen à en apporter la preuve ; il le fera, suivant l'un des modes prévus

par les articles 653 et 666 : titre, prescription ou marque de non-mitoyenneté.

Le voisin qui entend ainsi contester la mitoyenneté du mur ne pourra pas détruire les présomptions de l'article 653 par la preuve testimoniale (Angers, 3 janvier 1850, S. 50.2.460, D. 50.2.18. — Orléans, 4 juillet 1891, D. 93.1.126).

Toutefois, il est admis que les présomptions de l'article 653 peuvent être combattues par toute présomption contraire et, dans ce cas, il appartient aux Juges d'apprécier souverainement, d'après les circonstances de fait, laquelle des présomptions doit l'emporter.

La question s'est posée lorsqu'une présomption de l'article 653 se trouve en conflit avec l'une de celles des articles 552 et 553, C. C.

Nous rappelons qu'aux termes de l'article 552 : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. »

Quant à l'article 553 : « Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais, et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé. »

Ces présomptions, ainsi que celles des articles 653 et 654, ne sont que des présomptions simples, *juris tantum*, susceptibles de s'effacer devant la preuve contraire (Cass. 11 janvier 1864, S. 65.1.262, D. 65.1.114. — V. égal., Cass. 12 novembre 1902 précité, dans le cas d'un conflit, entre les présomptions de l'article 654 avec celle de l'article 553).

C'est ainsi qu'un Tribunal a pu valablement donner la préférence à une présomption de l'article 653, dans un conflit avec une de celles établies par les articles 552 et 553, tandis qu'un autre a pu donner la préférence à une de ces dernières dans un conflit avec une de celles de l'article 654.

Or, le Code Civil fait tomber les présomptions de l'article 653 devant l'une des marques de non-mitoyenneté de l'article 654.

Le chevauchement apparaît ainsi assez curieux.

§ 1. — *L'énumération de l'article 653 est-elle limitative ?*

Des termes de cet article, il résulte que sont présumés mitoyens :

1^o Tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge ;

2^o Tout mur servant de séparation entre cours et jardins ;

3^o Tout mur servant de séparation entre enclos dans les champs.

Nous avons vu qu'en ce qui concerne l'article 654 C. C., une controverse existe sur le point de savoir si l'énumération des marques de non-mitoyenneté données par ce texte a un caractère limitatif ou non, et que la tendance actuelle de la doctrine et de la jurisprudence est de donner à cette énumération un caractère purement énonciatif.

Une controverse de même nature existe au sujet de l'article 653.

C'est ainsi que la Cour de Rouen (21 novembre 1900, Rec. Rouen 1900.2371) a jugé que : « La présence dans un mur séparatif d'ancres et de tirants reliant les pièces principales d'une maison voisine, établit la présomption de mitoyenneté », tandis que le Tribunal Civil de Toulouse (30 janvier 1896, *Gaz. Midi*, 10 mai 1896) a statué qu'en dehors des cas visés par l'article 653, aucun texte de loi ne permet de présumer, à défaut de titre, la mitoyenneté d'un mur.

Même hésitation chez les auteurs (Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n^o 939. Aubry et Rau, t. 2, § 222).

Pour notre part, nous estimons que, le but du législateur étant d'éviter des procès, on devrait, aussi bien pour l'article 653 que pour l'article 654, s'en tenir à une interprétation restrictive et limitative de ces textes, qui constitue des dérogations au droit commun en matière de peruves.

§ 2. — *Première présomption : Tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge.*

Deux hypothèses peuvent être envisagées : ou bien, les bâtiments sont de même hauteur et, dans ce cas, le mur est mitoyen dans toute son étendue ; ou bien, les bâtiments sont de hauteur différente et alors le mur n'est mitoyen que jusqu'à l'héberge, c'est-à-dire, le toit du bâtiment le moins élevé. Mais, dans cette dernière hypothèse, si des cheminées sont adossées contre le mur du bâtiment le plus élevé, la présomption de l'article 653 vaut pour la portion du mur contre laquelle les cheminées sont appuyées.

Le mot « bâtiments » doit être pris dans son sens le plus large. Ainsi en décide la doctrine et la jurisprudence (Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1705. Lyon, 12 avril 1911, *Le Droit*, 18 mai 1911). La présomption joue notamment, lorsque le mur sépare une maison d'habitation d'une grange ou d'un hangar.

Les vestiges d'une ancienne construction adossée contre le mur d'un bâtiment contigu à l'héritage voisin suffisent pour faire présumer la mitoyenneté du mur jusqu'à la hauteur des anciennes constructions aujourd'hui démolies (Baudry-Lacantinerie, précité).

§ 3. — *Deuxième présomption : Tout mur servant de séparation entre cours et jardins.*

La doctrine admet que cette présomption joue dans trois cas, pour un mur séparant :

- 1^o Une cour d'un jardin ;
- 2^o Une cour d'une autre cour ;
- 3^o Un jardin d'un autre jardin.

Il y a une hypothèse où la question est controversée : c'est celle où l'un des deux héritages, susceptible d'être dénommé cour ou jardin, n'est pas clos.

Voici l'opinion de Baudry-Lacantinerie (t. I, n^o 1705) :
« Suivant l'opinion générale, les murs entre cours et jardins
« sont présumés mitoyens, même quand il n'y a qu'un seul
« des héritages en état de clôture. Si la présomption de
« mitoyenneté n'avait lieu, comme le pensent quelques-
« uns, qu'entre jardins entièrement clos l'un et l'autre,
« notre disposition n'aurait aucune utilité, en présence de
« celle qui suit immédiatement, et d'après laquelle les murs
« séparant des terrains clos même dans les champs sont
« présumés mitoyens ».

Cette même doctrine se rencontre également chez Demolombe (t. XI, n^o 327) et chez Aubry et Rau (t. II, § 222). Elle est généralement approuvée par les auteurs modernes (Colin et Capitant, t. I, p. 782). Toutefois, Planiol et Ripert (t. III, n^o 302) font quelques réserves à son sujet, car elle leur « paraît très critiquable à raison de l'idée même sur laquelle repose l'article 653 ».

Il semble bien, en effet, les présomptions de cet article étant basées sur l'utilité que présente pour chacun des voisins le mur séparatif, que celui dont la propriété est limitée

d'un seul côté par un mur servant de clôture à l'héritage voisin, n'ait pas participé aux dépenses d'édification de ce mur ou n'en ait pas acheté la mitoyenneté. Il est plus logique de présumer que c'est celui dont l'héritage est entièrement clos qui a fait construire le mur pour son seul usage.

La rédaction de l'article 653 conduit également à l'opinion contraire à celle généralement admise. Dans cet article le législateur, après avoir énoncé les deux premières présomptions, ajoute : « et même entre enclos dans les champs ». Par cette expression, on doit, à notre avis, considérer qu'il a voulu préciser sa pensée, exprimée dans les deux premières présomptions, relativement à la portée de ce texte.

L'article 666, modifié par la loi du 20 août 1881, dispose d'ailleurs que « toute clôture est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture ». Ce dernier membre de phrase doit faire disparaître, à notre avis, toute discussion.

§ 4. — *Troisième présomption : Tout mur
servant de séparation entre enclos dans les champs.*

L'explication que nous venons de donner sur le sens de l'article 653, n'est pas cependant celle qui prévaut, et l'on considère que le législateur a eu en vue une troisième présomption dans l'expression « et même entre enclos dans les champs » qui signifierait « et entre enclos même dans les champs ».

Bien entendu, il faut, comme le dit le texte, que les deux héritages soient en état de clôture, sinon la présomption ne peut jouer. Quel intérêt aurait, en effet, le voisin dont l'héritage est ouvert à tout venant de participer à la clôture pour un seul côté ?

La question peut, toutefois, se poser dans le cas où l'on se trouve dans les villes ou faubourgs, où la clôture est obligatoire. Dans ce cas, l'un des voisins a pu obliger l'autre à construire à frais communs la clôture. Mais on doit décider, en présence des termes de l'article 653 que la présomption ne peut pas jouer, le voisin qui a participé aux frais devra user d'un autre moyen de preuve pour l'établir.

Il est admis que la présomption existe du moment que les héritages sont clos l'un et l'autre, sans distinguer si l'un est entièrement clos de murs et l'autre en partie fermé par d'autres clôtures (Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1705).

*§ 5. — Hypothèses où les présomptions
de l'article 653, C. C., ne s'appliquent pas.*

1° Cas d'un mur de soutènement.

Les auteurs et la jurisprudence se prononcent dans le sens de la non-application de l'article 653.

Le rôle normal d'un mur de soutènement n'est pas de servir de séparation à deux propriétés voisines, mais uniquement à soutenir les terres de l'une des propriétés.

Il est donc rationnel de ne pas appliquer la présomption de l'article 653 à un tel mur, que l'on doit supposer avoir été construit aux frais et sur le sol du voisin qui en profite.

Les termes de l'article 653 ne laissent d'ailleurs place à aucune équivoque.

La jurisprudence a eu à se prononcer à plusieurs reprises sur cette question (Cass., 25 février 1888, D. 89.1.262. Cass., 12 novembre 1902, D. 1902.1.568). Elle est approuvée par les auteurs (Planiol et Ripert, t. III, n° 291).

Cependant, dans le cas où le mur de soutènement s'élève

au-dessus du niveau du sol supérieur, la présomption de mitoyenneté s'applique dans toute la hauteur (Évreux, 7 janvier 1896, *La Loi*, 30 janvier 1896). La présomption de l'article 653 ne devrait s'appliquer, il est vrai, qu'à la portion du mur au-dessus du niveau du sol supérieur, mais on ne peut concevoir qu'un mur mitoyen repose sur un mur non mitoyen.

2° Cas d'un mur séparant un bâtiment d'une cour ou d'un jardin.

La question est controversée en doctrine.

D'après certains auteurs, dans les villes ou faubourgs où la clôture est obligatoire, la présomption doit jouer jusqu'à la hauteur de clôture légale. Ils rapprochent ainsi l'article 653 de l'article 663, en considérant qu'il existe une nécessité commune de clore les deux héritages.

Mais nous avons vu que la jurisprudence décide qu'un des voisins peut échapper à l'obligation de clôture établie par l'article 663, en abandonnant la moitié du terrain nécessaire à l'édification du mur de clôture. Les présomptions étant basées sur des probabilités, il est donc plus normal de considérer que le mur d'un immeuble a été édifié dans le seul intérêt du propriétaire de l'immeuble, que dans un intérêt commun avec le voisin.

Dans ces conditions, il paraît conforme à l'esprit du législateur d'écarter l'opinion ci-dessus et de s'en tenir à une interprétation restrictive de l'article 653.

En faveur de la non-application de l'article 653, en dehors des cas expressément prévus par lui, on peut citer Demolombe (t. XI, n° 323) : « L'article 653 établit la présomption « de mitoyenneté dans deux hypothèses seulement ; d'abord « entre bâtiments ; et ensuite entre cours et jardins et entre « enclos, c'est-à-dire entre deux terrains non bâtis. Mais

entre un bâtiment et une cour, un jardin et un enclos quelconque, notre article est absolument muet.

« Or, ce n'est qu'à la loi qu'il appartient, bien entendu, de créer des présomptions légales (art. 1350).

« Donc, il n'existe aucune présomption de mitoyenneté pour le mur qui sépare un bâtiment d'un terrain non bâti. »

Cette opinion est partagée par Aubry et Rau (t. II, § 222), Planiol et Ripert (t. III, n° 302).

La jurisprudence paraît fixée dans le même sens (Cass., 12 mai 1886, S. 88.1.206. — Besançon, 29 novembre 1899, S. 1909.2.139. — Bordeaux, 22 mars 1911, D. 1912.2.77).

SECTION V

CONFLITS ENTRE LES DIFFÉRENTS MODES DE PREUVE

Un point est certain.

Lorsqu'une des présomptions de l'article 653 se trouve contredite par une marque de non-mitoyenneté, la prescription ou un titre, la préférence doit être donnée à un de ces derniers modes de preuve. Cela résulte expressément des termes des articles 653 et 666, C. C., ce dernier modifié par la loi du 20 août 1881.

Mais quelle solution doit être donnée dans le cas où une marque de non-mitoyenneté se trouve contredite par une autre marque de non-mitoyenneté, par un titre ou la prescription ?

§ 1. — *Conflit entre plusieurs marques
de non-mitoyenneté.*

Cela suppose des marques de nature différente placées de part et d'autre du mur.

Si elles étaient de même nature, leurs effets s'annuleraient. De nature différente, il serait logique d'adopter la même solution.

Il semble, cependant, que ce ne soit pas dans ce sens que le problème ait été résolu et les auteurs (Fremy-Ligneville et Perriquet, t. II, n° 508 et 590. — Perrin et Rendu, n° 2886 et s.), considèrent que la solution dépend des circonstances ; la jurisprudence paraît bien être dans ce sens, la Cour de Cassation laissant aux juges du fait un pouvoir souverain d'appréciation, d'après les circonstances de fait, pour déterminer celle qui doit l'emporter (Cass., 12 juillet 1864, S. 65.1.262).

La solution sera souvent délicate.

Les corbeaux sont, en général, considérés comme la marque la plus significative ; s'il existe d'un côté des corbeaux, de l'autre des filets ou un chaperon à une seule pente, ou l'un et l'autre de ces signes, le mur est présumé appartenir à celui du côté duquel sont les corbeaux. Il en est ainsi surtout, si le chaperon et les filets peuvent être considérés comme une servitude acquise par le voisin pour l'écoulement des eaux.

Il se peut encore qu'un mur ait, à la fois, un double chaperon et des filets ou des corbeaux d'un seul côté ; cela suffit pour qu'il y ait marque de non-mitoyenneté.

A plus forte raison, un mur ayant un chaperon à double pente et des filets des deux côtés, mais des corbeaux d'un

seul côté, doit être considéré comme la propriété exclusive de celui du côté duquel sont les corbeaux. Il en est de même d'un mur sans corbeaux qui a des filets d'un seul côté, quoique revêtu d'un chaperon à double pente.

§ 2. — *Conflit entre des marques de non-mitoyenneté et un titre ou la prescription.*

Dans le conflit que l'on suppose entre un titre, qui attribue à l'un des propriétaires la mitoyenneté ou la propriété exclusive du mur, et des marques de non-mitoyenneté de l'article 654, la préférence doit, dans tous les cas, être donnée au titre, que les marques remontent à plus de trente ans ou non, et ce depuis la date du titre ou non.

Pardessus (t. I, n° 161) a soutenu que dans le cas où les marques ont une existence de plus de trente ans, la propriété exclusive du mur est acquise par prescription au profit du maître de l'héritage du côté duquel sont tournées les marques.

Cette opinion n'est généralement pas admise, à juste titre, car ce serait considérer que l'existence de ces marques de non-mitoyenneté constitue la manifestation d'une possession remplissant les caractères de l'article 2229 C. C.

Aussi, les auteurs considèrent que dans tous les cas les marques de non-mitoyenneté doivent céder devant un titre contraire (Demolombe, t. II, n° 343. — Aubry et Rau, t. II, § 222. — Planiol et Ripert, t. III, n° 301).

Voici en quels termes s'expriment Aubry et Rau sur cette question : « En cas de conflit entre un titre établis-
« sant la mitoyenneté et des marques de non-mitoyenneté,
« c'est le titre qui l'emporte. Il en est ainsi, alors même que
« ces marques existent depuis plus de trente ans, à moins

« que l'induction qu'on prétend en tirer, ne se trouve
« corroborée, soit par une contradiction régulière signifiée
« à l'autre voisin, soit par des actes matériels exclusifs de
« toute idée de mitoyenneté.

« Encore faut-il que cette contradiction ou ces actes
« remontent à plus de trente années. »

De même, la prescription équivalent à un titre, les marques de non-mitoyenneté ne peuvent être invoquées dans le cas où celui des propriétaires sur la propriété duquel ne sont pas ces marques, peut invoquer la prescription.

§ 3. — *Conflit entre un titre et la prescription.*

Le conflit ne peut se produire que si le titre remonte à plus de trente années ; car si le laps de temps qui s'est écoulé depuis la date du titre est moindre, la prescription n'a pu jouer ou si, ayant commencé, elle a été interrompue par ce dernier.

Reste donc le cas où le titre remonte à plus de trente ans. Il est possible qu'une possession prolongée, remplissant les conditions prévues par la loi, puisse fonder, soit la propriété exclusive du mur, soit plus généralement la mitoyenneté ; alors la prescription doit faire écarter les énonciations du titre.

Ce sont là, d'ailleurs, les règles générales de la prescription.

CHAPITRE V

LA MITOYENNETÉ, COPROPRIÉTÉ DE NATURE INTERMÉDIAIRE ENTRE LA COPROPRIÉTÉ ORDINAIRE ET LA COPROPRIÉTÉ DES IMMEUBLES DIVISÉS PAR APPARTEMENTS.

L'étude de la mitoyenneté nous conduit nécessairement à dire quelques mots de la copropriété des immeubles divisés par appartements.

Tout d'abord, une raison historique. Jusqu'à une date récente, le seul texte régissant cette institution figurait dans le Code Civil, parmi ceux qui traitent des « Servitudes établies par la loi », dans la section intitulée : « Du mur et du fossé mitoyens. »

Ce texte était l'article 664. Il se trouvait ainsi au cœur même du sujet que nous venons de traiter.

Il n'est pas inutile de le reproduire bien qu'aujourd'hui il se trouve abrogé par la loi du 28 juin 1938, qui a établi le statut moderne de la copropriété des immeubles divisés par appartements.

Voici ce texte : « Lorsque les différents étages d'une « maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres « de propriété ne règlent pas le mode de réparations et « reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit :

« Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les « propriétaires, chacun en proportion de la valeur de « l'étage qui lui appartient.

« Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche.

« Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite. »

Le caractère relativement récent de cette institution et ses modalités d'application — chaque étage appartenait à un seul propriétaire, — lors de la rédaction du Code expliquent la concision du législateur. La pratique était alors hésitante.

La substitution progressive des immeubles collectifs aux habitations individuelles combinée avec le désir de chacun d'être chez soi est à l'origine du développement de la copropriété des immeubles, que la crise immobilière que nous subissons encore a sensiblement ralenti.

La loi du 28 juin 1938 a apporté un remède sérieux à l'insuffisance des textes d'origine et on peut espérer qu'elle permettra d'éviter, pour l'avenir, certaines difficultés qui se sont produites dans le passé, et ce d'autant plus que cette loi règle également la situation juridique des sociétés de construction, lesquelles ont été la cause de déceptions pour les souscripteurs d'appartements.

Cette loi a son origine officieuse dans les travaux de la Société d'Études Législatives (voir les commentaires de M. Julliot dans la *Semaine Juridique* du 16 octobre 1938).

Notre intention n'est pas de nous livrer dans cette thèse à une étude de cette loi qui dépasserait le cadre que nous avons tracé.

Nous voulons simplement chercher à déterminer les caractères et la nature juridique de cette institution, en la comparant à la mitoyenneté.

A la différence de la copropriété ordinaire, essentiellement précaire, la copropriété des parties communes dans les immeubles divisés par appartements est, en principe, une indivision forcée.

En cela, elle ressemble à la mitoyenneté, mais elle en est différente sur plusieurs points.

Tout d'abord, cette institution est plus complexe. C'est, qu'en effet, elle est formée de la juxtaposition de propriétés privatives à une indivision.

D'autre part, cette indivision existe en général, non entre deux propriétaires, mais entre tous les copropriétaires de l'immeuble.

La copropriété n'est pas limitée aux murs ; elle porte sur toutes les parties de l'immeuble. Elle n'est pas restreinte au plan vertical ; c'est, au contraire, la transposition de l'indivision forcée dans tous les plans.

Si l'on se reporte à l'article 5 de la loi du 28 juin 1938, on peut distinguer dans l'immeuble, trois catégories de biens à chacune desquelles correspond une propriété d'une nature particulière :

1° Les parties du bâtiment qui sont affectées à l'usage exclusif d'un propriétaire et lui appartiennent privativement. Elles constituent l'appartement proprement dit. Ce sont les règles de la propriété ordinaire qui sont applicables, mais avec cette restriction que le propriétaire, dans l'exercice de ses droits, ne fasse rien qui puisse nuire aux droits des autres propriétaires d'appartements ou compromettre la solidité de l'immeuble.

Ainsi le droit de jouissance et le droit de disposer de la chose sont restreints dans l'intérêt commun.

2° Les cloisons séparatives de deux appartements qui sont mitoyennes. On doit appliquer les règles de la mitoyen-

neté, mais encore cette fois tempérées par leur nature particulière.

3° Les parties communes de l'immeuble comprenant essentiellement le gros œuvre et tout ce qui sert à l'ensemble des copropriétaires.

Aux termes de l'article 5 précité, cette communauté constitue la règle.

La loi du 28 juin 1938 (art. 6) a surtout cherché à régler cette propriété collective.

Il faut remarquer, toutefois, que cette loi est interprétative de la volonté des parties qui sont libres de stipuler toutes dispositions qui leur conviennent.

Ainsi, les dispositions de l'article 5 sont applicables « à défaut de titres contraires » ; de même celles de l'article 6 « à défaut de convention contraire ». On pourrait citer également l'article 7 qui concerne la réunion des copropriétaires en syndicat « en l'absence d'un règlement prévoyant une organisation contraire » ainsi que l'article 9 qui régit les assemblées du syndicat « en l'absence d'un règlement ou en ce qui concerne les points qu'il n'aurait pas prévus ».

Si les règles applicables à la copropriété des immeubles divisés par appartements sont inspirées dans une certaine mesure de celles concernant la mitoyenneté, notamment, relativement aux charges, le caractère supplétif des dispositions légales régissant la copropriété des immeubles s'oppose au caractère obligatoire de la mitoyenneté.

Il apparaît ainsi que le législateur avance avec hésitation et prudence sur un terrain encore inconsistant où l'autonomie de la volonté des parties demeure la règle.

CONCLUSION

Ayant ainsi terminé l'étude de la mitoyenneté des murs, nous devons souhaiter que les controverses, qui subsistent sur certains points, disparaissent avec l'intervention du législateur dans tous les cas où les principes généraux du droit ou les règles du Code Civil ne le permettent pas.

Cette matière de la mitoyenneté qui apparaît si rébarbative, à première vue, n'en est pas moins intéressante.

Elle présente une utilité pratique certaine.

Pour le juriste, elle n'est pas non plus sans intérêt en raison de la variété des problèmes qu'elle pose et qui, tous, n'ont pas été résolus d'une façon définitive. Il est probable d'ailleurs que des difficultés nouvelles naîtront, l'évolution de la propriété immobilière n'étant pas terminée.

VU :

Le Doyen,

G. RIPERT.

VU :

Le Président de la thèse,

René CASSIN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

A. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux.

- AUBREY et RAU. — *Cours de droit civil français.*
BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil.*
BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — *Traité des biens et le supplément* par BONNECASE.
COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français.*
DALLOZ. — *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.*
Recueil hebdomadaire de jurisprudence.
Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.
DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon (Traité des servitudes ou services fonciers).*
Gazette du Palais. — *Recueil mensuel.*
LAURENT. — *Principes de droit civil français.*
PARDESSUS. — *Traité des servitudes ou services fonciers.*
PLANIOL et RIPERT avec le concours de M. Picard (t. III, *Les Biens*). — *Traité pratique de droit civil français.*
SIREY. — *Recueil général des lois et arrêts.*
Pandectes françaises.

OUVRAGES SPÉCIAUX

- BARBEROT. — *Législation du bâtiment et des usines.*
BALZARD (Ch.). — *L'établissement et le paiement des comptes de mitoyenneté* (thèse 1901).

- BRÉSILLION. — *Note au Dalloz sous un arrêt de la Cour de Cassation du 10 avril 1889* (D. 89.1.321).
- CAPITANT. — *La mitoyenneté et les nouveaux matériaux de construction*. Chronique au Dalloz Hebdomadaire (1929, p. 81).
- DELAGE. — *Questions soulevées en matière de mitoyenneté par la construction moderne* (thèse 1929).
- DE LOYNES. — *Note au Dalloz sous un arrêt de la Cour de Cassation du 14 février 1900* (D. 1900.1.221).
- FREMY-LIGNEVILLE et PERRIQUET. — *Traité de la législation des bâtiments et des constructions*.
- GUILLEMOT-SAINT, VINEBAULT, BECOT et LEROUX. — *Manuel juridique de la propriété bâtie*.
- JULLIOT (Ch.-J.). — *Statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements* (*Semaine Juridique*, n° 41, 16 octobre 1938).
- LABBÉ. — *Note au Sirey sous un arrêt de la Cour de Paris du 25 novembre 1885* (S. 1886.2.25).
- LALOU. — *Note au Dalloz sous un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 3 décembre 1928* (D. 1929.2.61).
- LE COURTOIS. — *Article dans la France Judiciaire* (1886, 1^{re} partie, p. 385 et suiv.).
- MASSELIN. — *Nouvelle jurisprudence et traité pratique sur les murs mitoyens*.
- PERRIN, RENDU et SIREY. — *Code Perrin ou Dictionnaire des constructions et de la contiguïté*.
- PINVERT. — *Remarques sur l'origine, la nature et les effets de la cession de mitoyenneté* (*Gazette du Palais*, 30 novembre-1^{er} décembre 1888).
- WAHL. — *Note au Sirey sous un arrêt de la Cour de Paris du 11 novembre 1897* (S. 1900.2.105).
- WALINE. — *Note au Dalloz sous un arrêt de la Cour de Paris du 13 mai 1933* (D. 1934.2.101).
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Définitions. Notions générales.....	5

PREMIÈRE PARTIE

La servitude de mitoyenneté.

CHAPITRE PREMIER. — Conditions que doit remplir un mur pour être grevé de la servitude de mitoyenneté.	13
<i>Section I.</i> — Il faut que le mur soit construit à la limite de deux héritages	13
<i>Section II.</i> — Absence de servitude au profit du propriétaire du mur.....	16
<i>Section III.</i> — Il faut que le mur ne soit pas com- pris dans le domaine public	19
CHAPITRE II. — Qui peut se prévaloir de la servitude de mitoyenneté ?	35

DEUXIÈME PARTIE

L'acquisition de la mitoyenneté.

CHAPITRE PREMIER. — L'acquisition de la mitoyenneté s'opère-t-elle par le seul fait de l'occupation du mur ?	41
--	----

<i>Section I.</i> — Comment s'analyse juridiquement l'acquisition intervenue	41
<i>Section II.</i> — Observations	49
CHAPITRE II. — L'acquisition de la mitoyenneté est-elle subordonnée au paiement préalable de l'indemnité ?	50
CHAPITRE III. — L'acquisition de la mitoyenneté résulte-t-elle d'une convention ou d'une décision judiciaire ?	55
<i>Section I.</i> — La cession de la mitoyenneté est une vente immobilière	57
<i>Section II.</i> — Conséquences attachées à l'acquisition de la mitoyenneté	60
<i>Section III.</i> — La cession de mitoyenneté suppose un contrat ou une décision judiciaire	70
CHAPITRE IV. — Du prix d'acquisition de la mitoyenneté	75
<i>Section I.</i> — A quel moment l'indemnité doit-elle être calculée ?	75
<i>Section II.</i> — Éléments entrant dans le calcul du prix d'acquisition	81
CHAPITRE V. — La prescription : mode d'acquisition de la mitoyenneté	87

TROISIÈME PARTIE

La mitoyenneté est une copropriété.

CHAPITRE PREMIER. — Des droits que confère la mitoyenneté	93
<i>Section I.</i> — Droit d'adosser des constructions contre le mur mitoyen	94

<i>Section II.</i> — Droit d'exhausser le mur mitoyen .	97
<i>Section III.</i> — Quels sont les autres droits appartenant à chacun des copropriétaires.....	106
CHAPITRE II. — Des obligations attachées à la mitoyenneté.....	109
CHAPITRE III. — De la faculté d'abandon de la mitoyenneté.....	112
<i>Section I.</i> — Quel est le fondement juridique de la faculté d'abandon ?.....	113
<i>Section II.</i> — Étendue de la faculté d'abandon ..	115
<i>Section III.</i> — Conditions d'exercice de la faculté d'abandon.....	116
<i>Section IV.</i> — Conséquences qu'entraîne l'abandon du droit de mitoyenneté pour le propriétaire qui en recueille le bénéfice	123
<i>Section V.</i> — Conséquences qu'entraîne l'abandon pour son auteur.....	125
CHAPITRE IV. — Preuve de la mitoyenneté.....	127
<i>Section I.</i> — La preuve par titre.....	129
<i>Section II.</i> — La preuve par la prescription	131
<i>Section III.</i> — Des marques de non-mitoyenneté.	132
<i>Section IV.</i> — Des présomptions de mitoyenneté.	136
<i>Section V.</i> — Conflits entre les différents modes de preuve	145
CHAPITRE V. — La mitoyenneté, copropriété de nature intermédiaire entre la copropriété ordinaire et la copropriété des immeubles divisés par appartements.	149
CONCLUSION	153

IMPRIMERIE
HÉRISSEY
: ÉVREUX :